AUTHOR:

DICK, OTTO

TITLE:

VERSTOSS GEGEN...

PLACE:

BERLIN

DATE:

1909

Master Negative #
91-80190-30

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
PRESERVATION DEPARTMENT

BIBLIOGRAPHIC MICROFORM TARGET

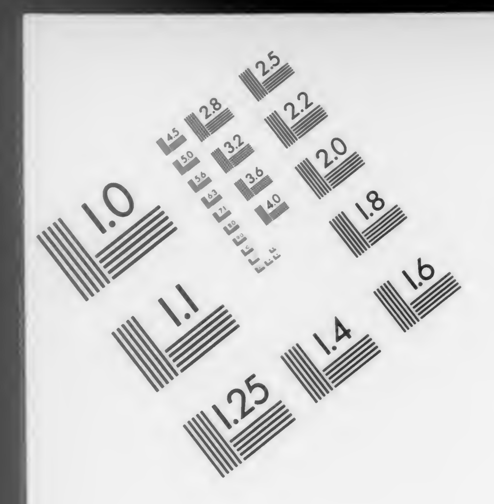
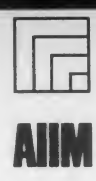
Dick, Otto.
Der verstoss gegen die guten sitten in der gerichtlichen praxis... Berlin, 1909.
64 p. 22cm.

Thesis, Erlangen.

Restrictions on Use:

TECHNICAL MICROFORM DATA

FILM SIZE: 35mm REDUCTION RATIO: 11x
IMAGE PLACEMENT: IA (IIA) IB IIB
DATE FILMED: 12/17/92 INITIALS MGY
FILMED BY: RESEARCH PUBLICATIONS, INC WOODBRIDGE, CT

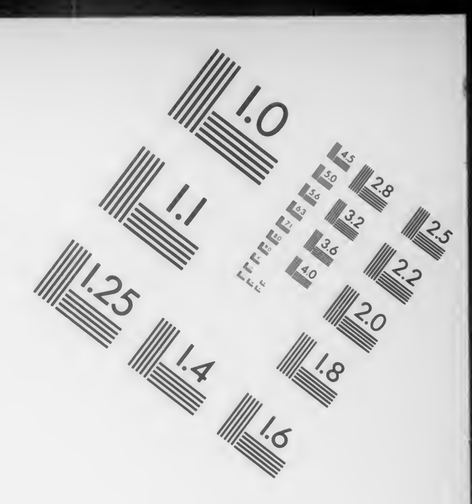



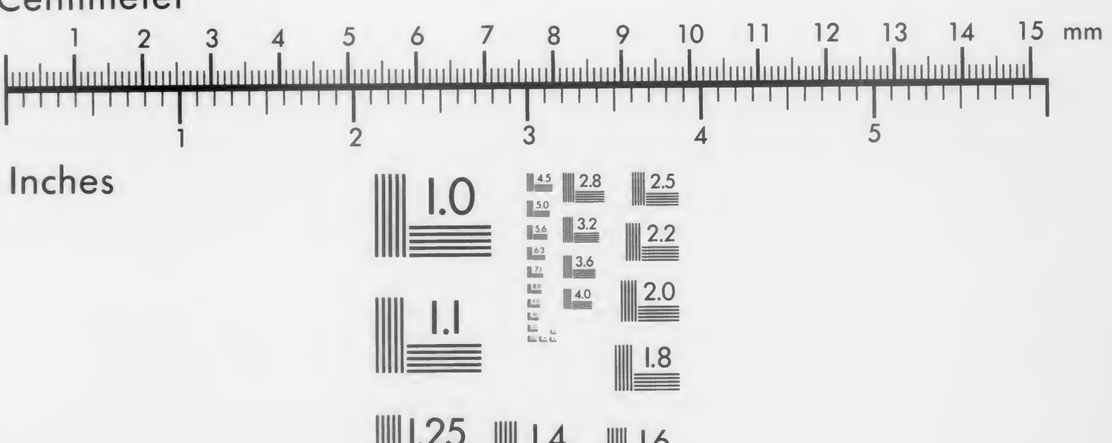
AIIM

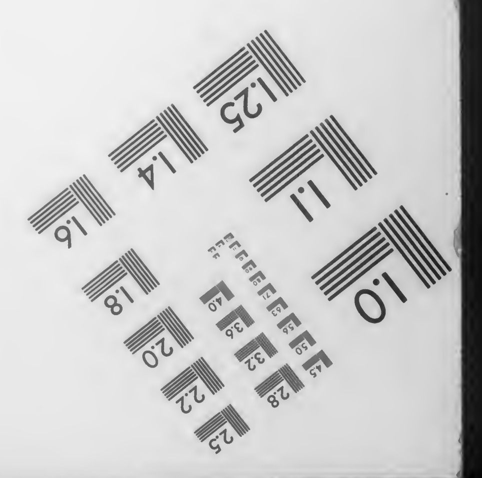
Association for Information and Image Management

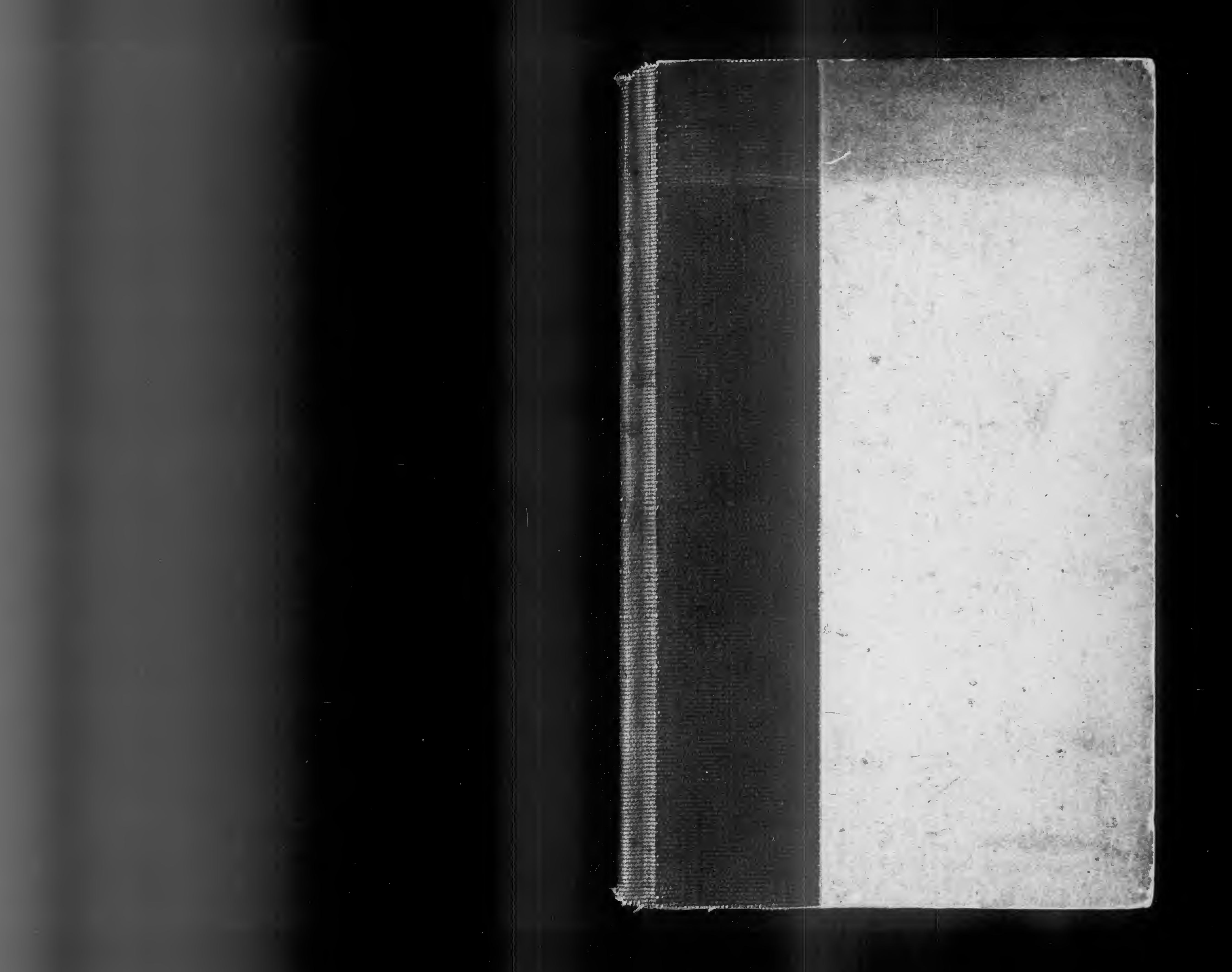
1100 Wayne Avenue, Suite 1100
Silver Spring, Maryland 20910

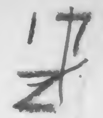
301/587-8202











Der Verstoß gegen die guten Sitte in der gerichtlichen Praxis

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Dick

Regierungspraktikant in München

Approbiert am 10. Juli 1908



Berlin 1909

Buchdruckerei Julius Sittenfeld.

Referent: Univ.-Prof. Dr. Paul Oertmann.

Meinem hochverehrten Lehrer

Professor Dr. Paul Oertmann

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

1. Entscheidungssammlungen.

RG. Bd. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ObLG. = Entscheidungen des bayrischen obersten Landesgerichts in Zivilsachen.
ROLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan-Falkmann.
SeuffArch. = Seufferts Archiv.
Soergel = Rechtsprechung zum BGB. usw., herausgegeben von Soergel.
Neumanns Jahrbuch = Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeben von Neumann.
PrOHG. = Sammlung der Entscheidungen des preußischen Oberhandelsgerichts.

2. Materialien.

Motive zu dem Entwurf des BGB. I. Lesung.
Protokolle zum BGB.

3. Zeitschriften.

JW. = Juristische Wochenschrift.
Bl. f. RA. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
BayrZRpfl. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, herausgegeben von v. d. Pfordten.
Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel.
ArchBürgR. = Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann.
ArchZivPrax. = Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Heck u. a.
Buschs Zeitschrift = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Iherings Jahrb. = Jahrbücher für die Dogmatik, herausgegeben von Regelsberger und Ehrenberg, Bd. 41.

4. Kommentare zum BGB.

1. Rehbein 1899 (Allgem. Teil).
2. Hölder 1900 (Allgem. Teil).
3. Oertmann 1906 (Recht der Schuldverhältnisse).
4. Oertmann 1908 (Allgem. Teil).
5. Kuhlenbeck 1899.
6. Planck 1903.
7. Staudinger 1907.

5. Lehrbücher des bürgerlichen Rechts von:

1. Cosack 1900.
2. Dernburg 1899.
3. Endemann 1899.
4. Enneccerus 1908.
5. Windscheid-Kipp, Pandekten.

6. Spezialliteratur.

Lotmar, Der unmoralische Vertrag, 1896.
von Liszt, Deliktsobligationen, 1898.
Hein, Verleitung zum Vertragsbruch, 1907.

Allgemeiner Teil.

Der Begriff der guten Sitten im allgemeinen.

§ 1.

Einleitung. Objektiver — subjektiver Tatbestand.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht an drei Stellen von den guten Sitten. In § 138 spricht es von Rechtsgeschäften, die gegen die guten Sitten verstoßen, in § 817 bezw. § 819 Abs. 2 von dem Fall, in welchem der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt ist, daß die Annahme bezw. Bewirkung gegen die guten Sitten verstößt, in § 826 endlich von einer gegen die guten Sitten verstoßenden Schadenszufügung.

In keinem dieser Fälle ist — und das ist prinzipiell in Theorie und Praxis anerkannt — ausschlaggebend der subjektive Tatbestand — d. h. subjektive Momente — für sich allein. In dem ersten Fall steht „das Rechtsgeschäft" selbst in Frage, entscheidend ist dessen Inhalt, also vor allem dessen objektiver Charakter; im zweiten Fall liegt der Verstoß gegen die guten Sitten darin, daß der Zweck einer rechtsgeschäftlichen Leistung und damit deren Bewirkung bezw. Entgegennahme hiergegen verstößt, also ebenfalls wieder objektive Momente, allerdings mit subjektiven vermischt. Im Falle des § 826 schließlich ist es die äußerlich zutage tretende Art und Weise der Schadenszufügung — insbesondere hinsichtlich der gewählten Mittel —, welche das Gesetz im Auge hat [1]); dafür spricht schon der Umstand, daß § 826 das Erfordernis der Vorsätzlichkeit der Schadenszufügung — also ein rein subjektives Moment — neben und ganz unabhängig von dem Verstoß gegen die guten Sitten aufstellt, also schon begrifflich hiervon getrennt hält.

---

[1]) Oertmann in Bl. f. RA. Bd. 72 S. 280 und seinem Kommentar zu § 826 BGB. Aber gerade hier ist auch der subjektive Tatbestand unter Umständen von größter Bedeutung; hiervon wird unten des näheren zu handeln sein.

Diesen Gedanken betonen denn auch mit bemerkenswerter Schärfe schon die Motive I S. 211: „Die Grenze ist dahin zu ziehen, daß der Inhalt eines Rechtsgeschäftes unmittelbar, in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite, die guten Sitten verletzt."

Den gleichen prinzipiellen Gesichtspunkt stellen die Protokolle Bd. 1 S. 123 f. (zu dem jetzigen § 138 BGB.) in den Vordergrund. Allerdings wollen sie im Gegensatz zu den Motiven die subjektive Seite nicht ganz ausgeschaltet wissen, sondern wollen sie unter Umständen bei der Betrachtung des „Inhaltes" der Rechtsgeschäfte als bedeutsam heranziehen. Aber auch sie lassen daran keinen Zweifel, daß das subjektive Moment für sich allein niemals einen Verstoß gegen die guten Sitten begründet [2]).

Hinsichtlich der §§ 817, 826 BGB. verweisen Motive und Protokolle auf die von ihnen zu § 138 BGB. entwickelten Begriffsbestimmungen. Sie wollen also auch bei den §§ 817, 826 BGB. die oben zitierten Sätze angewendet wissen. So ausdrücklich Motive Bd. II S. 849 unten.

Den von den Protokollen festgehaltenen Standpunkt hat die Rechtsprechung, vorzüglich des Reichsgerichts [3]) als geltendes Recht

---

[2]) Sie führen aus:

„Es genügt nicht, mit dem Entwurf die Nichtigkeit nur bezüglich solcher Rechtsgeschäfte zu bestimmen, deren Inhalt unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Momente die guten Sitten verletzt.

Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Maße Rücksicht genommen werden darf, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrolle des Richters unterstellt würden, so ist es doch im Einzelfall unerläßlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer acht zu lassen, weil erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Momentes (sc. zum objektiven Tatbestand) der Inhalt des Rechtsgeschäftes in das richtige Licht gesetzt wird."

[3]) Vgl. neuestens wieder RG. in Bd. 63 S. 350 und Bd. 68 S. 98 für den Fall des § 138 BGB. (das Rechtsgeschäft ist nur dann moralwidrig, wenn sein „aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmender Gesamtcharakter nach den objektiven und subjektiven Momenten moralwidrig ist", RG. in JW. 1907 S. 364 f. (§ 826 BGB. setzt objektive Moralwidrigkeit voraus) und RG. vom 25. April 1907 (abgedr. bei Soergel 1907 S. 45); ebenso RG. in JW. 1908 S. 29, wo allerdings die mehr subjektiven Momente (Zweck und Motiv) etwas in den Vordergrund treten.

anerkannt und immer wieder bei der Beurteilung der Einzelfälle praktisch werden lassen. Es wurde insbesondere betont, daß bei der Beurteilung zweiseitiger Rechtsgeschäfte auf die beiden Vertragschließenden, auf das Rechtsgeschäft als Ganzes, zu rücksichtigen ist [4]).

Ein objektiv nicht moralwidriger Akt wird also nicht schon dadurch moralwidrig, daß den oder einen der Handelnden hierbei eine verwerfliche Gesinnung beseelt oder verwerfliche Absicht leitet, die im Vertrag selbst in keiner Weise zum Ausdruck kommt, insbesondere nicht als Vertragszweck. So z. B. RG. Bd. 63 S. 350. Mißverständlich RG. Bd. 64 S. 158 („Akte der Willkür und der Gehässigkeit moralwidrig"). Wichtig werden kann das subjektive Moment in allen Fällen nur neben anderen objektiven Momenten (Zweck, Mittel usw.) im Zusammenhang mit diesen. Neuerdings weist wieder Hölder in DJZ. 1908 S. 50 sehr richtig auf diesen wichtigen Grundsatz hin.

Aus dem Angeführten ergibt sich ein weiterer sehr wichtiger Satz, der des öfteren auch in der Rechtsprechung nicht genügend beachtet worden ist. Die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches zeigt nämlich evident, daß der Rechtsbegriff „Verstoß gegen die guten Sitten" im ganzen Bürgerlichen Gesetzbuch ein

---

Vgl. weiter RG. Bd. 56 S. 231, Bd. 58 S. 206, 222; JW. 1906 S. 331 Nr. 5, S. 455 Nr. 7. Ebenso für den Fall des § 817 BGB.: RG. in JW. 1906 S. 456 Nr. 7. A. M. scheinbar RG. in JW. 1904 S. 39 Nr. 5 („subjektives Verschulden", „verwerfliche Gesinnung" setzt § 817 voraus). Der Wortlaut dieser Entscheidung geht zurück auf die Motive Bd. 2 S. 849; aber gerade dort ist ausgeführt, daß die Verwerflichkeit liegt in dem Erstreben einer turpis causa, eines schon seinem Inhalte nach unsittlichen Zweckes der Leistung. § 817 BGB. ist deshalb nicht anwendbar, wenn zwar die Motive des Handelnden, nicht aber auch die causa der Leistung selbst — also ein mindestens zum Teil objektives Moment — unsittlich sind. Vgl. ferner für den Fall des § 826 BGB.: RG. in JW. 1907 S. 364 ff. Nr. 13, RG. Bd. 65 S. 423 ff., insbesondere S. 430; bedenklich RG. Bd. 61 S. 365 (moralwidrige Benützung der Rechtskraftwirkung) und RG. Bd. 58 S. 219 ff. („Gesinnungsgemeinheit").

[4]) RG. Entsch. vom 25. April 1907, abgedr. bei Soergel 1907 S. 45. Vgl. neuerdings RG. Bd. 68 S. 98, wo in Übereinstimmung mit Lenel (DJZ. 1907 S. 455) und Hölder (DJZ. 1908 S. 50) dieser Gedanke besonders betont wird.

durchaus einheitlicher ist; es zeigt deshalb von vornherein eine unrichtige Gesetzesauffassung, wenn behauptet wird, rein subjektive Momente seien imstande, den Tatbestand zwar nicht des § 138 BGB., wohl aber der §§ 817, 826 BGB. zu verwirklichen[5]). Bei Besprechung der Kasuistik wird hierauf des näheren zurückzukommen sein.

Die im Vorstehenden abgelehnte Rechtsauffassung wird dem aus den zitierten Materialien klar erkennbaren Willen des Gesetzes nicht gerecht.

§ 2.

Moral und Recht. Moralgebot — Rechtsgebot.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht nur von einem „Verstoß gegen die guten Sitten", nicht dagegen davon, was den guten Sitten positiv entspricht. Diese beiden Seiten sind wohl auseinanderzuhalten. Das Recht sowohl wie die Moral kennt Gebote und Verbote. Bei Nichtbefolgung der Gebote, also einem Unterlassen, spricht man in der Regel nicht von einem Verstoß hiergegen; sondern man versteht unter „Verstoß" nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch eine Nichtbeachtung von Verboten.

Es wird später zu erörtern sein, daß unser Begriff auf dem moralischen Gebiet beruht. Wenn nun das Gesetz einen Verstoß gegen die Moral mit Rechtsnachteilen ahndet, so kann es gar nicht die Absicht haben, damit indirekt auch die Einhaltung der Moralgebote erzwingen zu wollen, indem es einfach gegebenenfalls einem Verstoß gegen solche Gebote die Rechtswirkung versagt. Die Sittengebote festzustellen und ihre Beachtung zu erzielen ist Sache der Moralphilosophie und des Gewissens; das Recht hat auf diesem Gebiete nichts zu suchen. Oder kann es dem Recht nicht etwa prinzipiell gleichgültig bleiben, ob bei Rechtsgeschäften die Gebote der Feindesliebe, Nächstenliebe, Freundestreue, des Be-

[5]) Wenn die §§ 817, 826 BGB. neben den Worten „Verstoß gegen die guten Sitten" noch eigens subjektive Tatbestände verlangen, so kann deren Vorliegen oder Nichtvorliegen zwar für die Anwendung der Paragraphen von Bedeutung sein; auf unseren Begriff selbst aber ist dies ohne Bedeutung. Das darf ja nicht übersehen werden.

kennermutes, der Dankbarkeit und so fort beobachtet werden? Wohl aber hat das Recht ein Interesse daran, seinen Rechtsschutz Handlungen, die einem Moralverbote zuwiderlaufen, zu versagen. In einem Kulturstaat darf sich das Gesetz nicht dazu hergeben, unsittliches Tun zu fördern. Man darf nicht einwenden, daß im Grunde auch die Nichtbefolgung von Sittengeboten eine Verbotsübertretung ist, daß nämlich jedem Gebot ein entsprechendes Verbot gegenübersteht. Ein Verbot, das nur die Negative eines Gebots enthält, ist im allgemeinen derart schattenhaft, daß es vom Recht gar nicht respektiert zu werden braucht.

Beispiele: Ein guter Schwimmer rettet einen Ertrinkenden nicht, obwohl er es ohne Gefahr könnte. Oder: ich sehe, wie ein Spaziergänger etwas verliert, ich mache ihn nicht darauf aufmerksam, sondern gehe ruhig an ihm vorbei. Oder: In der Dunkelheit sehe ich jemand ahnungslos gerade auf einen offengebliebenen Schacht zugehen; ich warne ihn nicht, obwohl ich es könnte. Oder ich warne einen Freund nicht vor einem Dieb oder Schwindler, der es — wie ich wohl weiß — auf ihn abgesehen hat. Niemand wird bestreiten, daß hier die Gebote der Nächstenliebe in krasser Weise verletzt sind; dagegen wird wohl niemand den § 826 BGB. hierauf anwenden, weil ein vom Recht zu respektierendes Moralverbot, nicht so zu handeln, nicht besteht. Die Beispiele ließen sich leicht vermehren.

Die hier betonte Unterscheidung ist von recht erheblicher Bedeutung, aber weder in der Literatur noch in der Praxis hervorgehoben worden[6]).

[6]) Nur Rehbein, Komm. zum BGB. Anm. III zu § 138 (S. 180) weist zutreffend darauf hin; dagegen übersieht insbesondere auch Lotmar, Der unmoralische Vertrag, diese Unterscheidung und spricht z. B. S. 1 ff., 54 ganz allgemein von Übertretungen der Moralgebote. Auch das RG. hat den Unterschied des öfteren verwischt. Es spricht in JW. 1906 S. 16, 60, im Recht 1907 Nr. 851 von der Verletzung einer durch die guten Sitten bezw. das Anstandsgefühl „gebotenen Pflicht" (vgl. auch ROLG. Bd. 12 S. 144), in SeuffArch. Bd. 60 S. 233 von einer „sittlichen Verpflichtung" und sagt sogar in JW. 1907 S. 201 ff.: „... besteht weder eine rechtliche noch eine sittliche oder Anstandspflicht, deshalb verstößt die Vereinbarung für sich allein ... nicht gegen die guten Sitten." Vgl. ferner RG. in JW. 1902 Beil. S. 24: „Mit einer allgemeinen Verfeinerung der Sitte und einer Steigerung des sitt-

Nun gibt es aber auch Fälle, in denen die Moralgebote sich zu Rechtsgeboten verdichtet haben[7]), wo also ausdrückliche Gesetzvorschriften oder ein vorausgehendes Tun die moralwidrige Unterlassung eines Eingreifens zu einem rechtswidrigen Verhalten machen. Z. B. in den vorigen Beispielen ist der die Sittengebote Verletzende mit der Aufsicht über die Personen betraut. Oder: ich benütze einen von mir selbst bei dem anderen hervorgerufenen Irrtum etwa zu einem Betrug. Hierher gehören auch die Fälle des „arglistigen Verschweigens". Liegt wenigstens in diesen Fällen in der Unterlassung ein Verstoß gegen die guten Sitten? Diese Frage darf wohl grundsätzlich bejaht werden. Es darf aber hierbei nicht außer acht gelassen werden, daß nur solche Verletzungen von Rechtsgeboten hierher gehören, die zugleich eine Verletzung von Moralgeboten in sich schließen und ferner, daß die bloße Verletzung von Vertragspflichten in der Regel nicht hierunter fällt. Hierüber und über gesetzliche und vertragsmäßige Verbote wird unten zu handeln sein.

Zu den berührten Fragen haben Literatur und Rechtsprechung bisher nicht Stellung genommen. Höchstens die Motive Bd. 1 S. 211 können hierher in Bezug genommen werden, wenn sie als für die Begriffsbestimmung der guten Sitten bedeutungsvoll u. a. hervorheben, daß „das Gebiet der Sittenpflichten sich mit dem der Rechtspflichten nicht deckt und nicht jedes vom Standpunkt der Sittlichkeit verwerfliche Rechtsgeschäft nichtig sein kann".

Indessen scheint auch das RG., wenigstens dem Gefühle nach, die hervorgehobene Unterscheidung zwischen Moralgeboten und Moralverboten zu machen; kein vom RG. im Einzelfall als moralwidrig bezeichnetes Verhalten charakterisiert sich als bloße Nichtbefolgung eines Moralgebots und in der weit über-

lichen Bewußtseins kann möglicherweise, was Anstandspflicht gewesen, sich zu einem Gebot der Sitte erheben." Die letztgenannte Bemerkung ist auffallend. RG. in JW. 1901 S. 524 Nr. 15 gehört nicht hierher, da die Entsch. preußisches Landesrecht betrifft.

[7]) Vgl. z. B. §§ 1620, 2339 BGB. Die §§ 534, 814 (sittliche Pflicht oder auf den Anstand zu nehmende Rücksicht) gehören nicht hierher, da sie nicht ein Moralgebot, sondern eine aus der Üblichkeit abgeleitete Pflicht betreffen, Bl. f. RA. Bd. 71 S. 66.

wiegenden Mehrzahl seiner Entscheidungen (vgl. insbesondere Bd. 48 S. 124, Bd. 60 S. 104 und neuestens im Recht 1907 S. 1136 Nr. 2729) gebraucht das RG. den bezeichnenden Ausdruck: moralwidrig ist, was „nach dem Anstandsgefühl . . . als unerlaubt gilt", d. h. doch wohl als verboten. Ebenso spricht es des öfteren (z. B. Bd. 64 S. 158) zwar von „sittlich erlaubt", nie aber von „sittlich geboten". Auch das OLG. Hamburg (Neumanns Jahrb. Bd. 3 Ziff. 6 I A b zu § 138 BGB.) führt aus: „Nicht jede vom Standpunkt der Moral etwa zu beanstandende Handlungsweise verstößt gegen die guten Sitten, vielmehr ist erforderlich, daß sie allgemein im Verkehr als unerlaubt gilt"[8]).

Im Folgenden wird auf die hiernach auszuscheidenden Fälle nicht mehr eingegangen werden. Die hier vertretene Lehre zeigt auf die einfachste Weise eine geradezu unentbehrliche Schranke unseres Begriffs. v. Liszt (Deliktsobligationen, 1898, S. 73) hat ein sehr richtiges Gefühl, wenn er meint: „es ist gar nicht abzusehen und läßt sich juristisch überhaupt nicht feststellen, inwieweit die „guten Sitten" es verlangen, daß ich einen anderen vor ihn bedrohendem Schaden bewahren muß". Der hier zu Tage tretende, wohl jedem offenbare Konflikt wird durch die oben skizzierten Lehrsätze ungezwungen und natürlich gelöst.

§ 3.

Widerspruch zwischen Recht und Moral.

Nun aber können sehr wohl Moral und Gesetz sich widersprechen.

Es ist, wie Lotmar a.a.O. S. 1 ff. sehr richtig ausführt, weder dem Recht noch der Moral möglich, ihr gegenseitiges Gebiet ganz getrennt zu halten. Das Recht kultivierter Nationen nimmt nicht nur ganz allgemein Bezug auf die Grundsätze der Moral (wie z. B. § 138 BGB. dies tut), sondern es stellt auch Rechtssätze

[8]) Vielleicht könnte man noch die Reichsgerichtsentscheidung in JW. 1908 S. 29 Nr. 2 hierherbeziehen, wo auch mit Rücksicht auf das Nichtbestehen einer Rechtspflicht die Moralwidrigkeit eines Vertrages auf Unterlassung verneint wird; ferner RG. Bd. 65 S, 337, wo auch das Nichtbestehen einer Rechtspflicht sehr stark betont wird; ebenso RG. in JW. 1907 S. 201 unten ff. und RG. Bd. 60 S. 103 unten.

auf, die aus Grundsätzen der Moral entsprungen sind oder ihnen entsprechen. Nun ist das Recht in seiner Geltung, in seiner Umgestaltung und Anwendung starr und von rein äußerlichen Umständen abhängig; ein Wechsel der präzisen Rechtssätze kann sich nur im Wege der Inanspruchnahme des schwerfälligen Gesetzgebungsapparates vollziehen. Nicht so die Moral. Es wird unten zu erörtern sein, daß die Vorschriften der Moral variabel sind und oft in überraschend kurzer Zeit sich ändern können. Es sei kurz hingewiesen auf die Schulbeispiele des Wechsels der sittlichen Auffassung von der Sklaverei, von den Mitteln des Klassenkampfes usw.[9])

Es ist deshalb theoretisch leicht der Fall denkbar, daß der Standpunkt des Gesetzes von der Entwicklung der Moral überholt wird und deshalb zeitweise von dieser abweicht. Niemand wird bezweifeln, daß der Richter in einem solchen Fall nicht nur die Rechtssätze nach wie vor anzuwenden hat, sondern auch den vom Gesetz darin bekundeten Sittenstandpunkt bei Anwendung des § 138 BGB. festhalten muß, obwohl hier das Gesetz ganz allgemein auf die Moral als Kriterium verweist, ihm also auf den ersten Blick Freiheit in Anwendung der Moralsätze zu verheißen scheint. Es hat solchenfalls — wie überhaupt — der Richter jede Prüfung der Rechtssätze auf Vereinbarkeit mit der Moral zu unterlassen.

Andererseits nimmt aber auch die Moral wieder Bezug auf die jeweils geltenden Rechtssätze. Hierauf wird im folgenden Paragraphen näher einzugehen sein, insbesondere auf die Frage: Ist die Zuwiderhandlung gegen ein Zivil- oder Strafgesetz von vornherein als der Moral widerstreitend zu erachten? Es gibt allerdings — darin ist *Lotmar* a.a.O. S. 4 beizustimmen — kein Moralgebot des Inhaltes, daß das vom Recht Gebotene oder Erlaubte kritiklos befolgt, das Verbotene unterlassen werden soll und muß. Ein solcher Satz wäre auch mit den obigen Ausführungen schlechterdings unvereinbar. Indes werden unten doch gewisse Ausnahmen gemacht werden müssen. Einerseits vor allem bezüglich der Anstiftung oder Begünstigung strafbarer Handlungen. Es wird für *diese Fälle* wohl prinzipiell die Moral an den jeweiligen *Rechtszustand gebunden* sein, jedenfalls vom

[9]) Im einzelnen vergleiche hierzu unten § 9 Note 54 ff.

Standpunkte des Richters. Andererseits ist es aber auch wieder vom Standpunkt der Moral aus sicherlich nicht zu billigen, ja nicht einmal entschuldbar, wenn *Rechtssätze*, die auf einem überholten, veralteten sittlichen Standpunkt beruhen, kritiklos *befolgt werden*. Es kann hier auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Als Grundregel ist aufzustellen der Satz: *bei Widerspruch zwischen Moral und Gesetz ist für die Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, der Standpunkt des Gesetzes maßgebend.*

Die hier berührte Frage, wie ein Widerspruch zwischen Gesetz und Moral zu lösen ist, hat eine ganz eminente praktische Bedeutung. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in sehr weitgehendem Maße sich im einzelnen auf einen bestimmten sittlichen Standpunkt festgelegt. Ganz abgesehen von den im Bürgerlichen Gesetzbuch direkt als Rechtsinstitute behandelten Fällen (Spiel, Wette, Differenzgeschäft usw.) sei z. B. hingewiesen auf § 276 Abs. 2 (die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden), § 123 Abs. 1 (arglistige Täuschung), §§ 312, 619, 624, 723, ferner §§ 1620 und 1624 (Ausstattung als sittliche Pflicht), § 2339 (Fälle der Erbunwürdigkeit), ferner z. B. HGB. § 74 (Konkurrenzverbot), GewO. § 152 (Koalitionsfreiheit), Börsengesetz §§ 69 (Börsentermingeschäfte), 78 (Verleitung zu Börsenspekulation), Gesetz, betr. den unlauteren Wettbewerb, Gesetz, betr. die Abzahlungsgeschäfte, und viele andere. Unten in § 7 ist hierauf von einem andern Gesichtspunkt aus nochmals näher einzugehen.

Der sittliche Standpunkt, den das Gesetz bei diesen genau umgrenzten Tatbeständen einnimmt, geht in seiner Bedeutung über diese oft weit hinaus, und gerade dieser Gedanke ist hier besonders zu betonen. *Der Standpunkt des Gesetzes bindet nämlich den Richter auch in anderen Fällen dann, wenn der damit zum Ausdruck gebrachte Standpunkt* — und ob er das will, ist Frage der Auslegung — *als ein allgemein gültiger vom Gesetzgeber gewollt war*[10]). Es ist in der

[10]) Offenbar in dem gleichen Sinn ist das RG. Bd. 63 S. 336 f. zu verstehen, wenn es sagt: „Eine andere Frage ist es, ob nicht der in § 8 Z. 2

Rechtsprechung dieser nicht von der Hand zu weisende Rechtsgedanke bisher nur in verschwindendem Maße zur bewußten Verwirklichung gelangt.

Auf alle hier einschlägigen Gesetzesstellen und die daraus abzuleitenden allgemeinen sittlichen Grundsätze näher einzugehen, verbieten ihre ungeheure Fülle und die Schranken, in welchen die vorliegende Arbeit sich halten muß.

§ 4.
Verwandte Rechtsbegriffe, Gesetzesverbote, Vertragsverbote.

Es ist eigentlich überflüssig, darauf hinzuweisen, daß der Begriff „Verstoß gegen die guten Sitten" — wofür im Folgenden der kürzere Ausdruck „moralwidrig" oder „unmoralisch" gebraucht werden wird — seinen Inhalt dem Gebiete der Moral entlehnt. Darüber herrscht bei den Gesetzesmaterialien sowie in Literatur und Praxis fast Einhelligkeit. Nicht etwa wollen unter dem genannten Begriff verstanden werden „die für gut erkannten Sitten", d. h. tatsächlich herrschenden billigenswerten Gebräuche [11]). Diese Ansicht ist mit dem Reichsgericht [12]) unbe-

und § 10 GewO. ausgesprochene Rechtsgedanke zu dem Ergebnis führen kann, solche Vereinbarungen . . . als gegen die guten Sitten verstoßend . . . zu erklären."

[11]) So Hölder, Komm. z. BGB. § 138. Auch Lotmar a.a.O. S. 95 unten verlangt „geübte" Moral. Ebenso Leonhard, Komm. z. BGB. § 138. Ähnlich OLG. Stuttgart in einer Entscheidung, die in Neumanns Jahrbuch Bd. 5 S. 43 unter 7 I A b β abgedruckt ist.

[12]) Vgl. z. B. Bd. 48 S. 124: „Damit ist nicht zu verwechseln die tatsächliche Geschäftspraxis, welche nicht sowohl eine Sitte als eine Unsitte sein kann"; Bd. 55 S. 373: „Wie eine niedrige Denk- und Handlungsweise, selbst wenn sie in einigen Volksschichten herrschend sein sollte, immer Unsitte bleibt und nie gute Sitte wird"; in JW. 1906 S. 60: „eine dem Sittengebot . . . widersprechende tatsächlich etwa im Verkehr aufgekommene Gepflogenheit ist allerdings als Unsitte zu verwerfen"; ebenso in JW. 1906 S. 300. Nur eine unglückliche Fassung ist es, wenn das RG. öfter (z. B. in DJZ. 1904 S. 70) von der „üblichen Art sittlicher und anständiger Geschäftsführung" spricht.

Festzuhalten ist also vor allem, daß eine Handlung sehr wohl der „Verkehrssitte" entsprechen (d. h. tatsächlich üblich sein), gleichzeitig jedoch einen Verstoß gegen die „guten Sitten" enthalten kann.

dingt abzulehnen. Deshalb scheidet bei der folgenden Erörterung, z. B. auch der Rechtsbegriff der „Verkehrssitte", der ebenfalls nur etwas tatsächlich Übliches bezeichnet, vollständig aus.

Nun findet sich aber im bürgerlichen Recht eine Menge von Begriffen, die in naher Beziehung zu unserem Begriffe stehen und selbst dem Felde der Ethik angehören. Es seien z. B. erwähnt „Arglist", „Treu und Glauben", „Schikane", „Anstand", „sittliche Pflicht und auf den Anstand zu nehmende Rücksicht". Begrifflich deckt sich unser Begriff mit keinem dieser Rechtsbegriffe, er schließt aber auch keinen aus; er hat vielmehr mit diesen Begriffen nur einzelne Momente gemein. Höchstenfalls könnte man den Grundsatz von „Treu und Glauben" im Verhältnis zu unserm Begriff als Oberbegriff [13]) und die „Arglist" sowie die „Schikane" als Unterabteilungen [14]) bezeichnen.

Zur Definition der Moralwidrigkeit sind alle diese Begriffe weder einschränkend noch ausdehnend heranzuziehen. Sie werden

Es mag zugegeben werden, daß die im Text gemachte Unterscheidung keine allzu erhebliche praktische Bedeutung besitzt; in der Regel wird die sittliche Auffassung mit der tatsächlichen Übung im Einklang stehen und sich in ihr geltend machen. Allein es haben sich insbesondere im Theaterrecht, aber auch sonst, Abweichungen gezeigt, wie die oben zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts beweisen. Wenig ansprechend ist schon der Weg, den Hölder logischerweise geht, wenn er einen Fall auf seine Unmoral nachprüft: zuerst wird untersucht, ob eine entsprechende Übung besteht und sodann, ob diese moralisch gut ist. Fehlt das erste dieser Erfordernisse, dann keine Unmoral! Vgl. Dernburg Bd. 1 S. 374.

[13]) Vgl. z. B. RG. in JW. 1907 S. 488: „verstößt gegen Treu und Glauben und damit gegen die guten Sitten". RG. in JW. 1905 S. 371 Nr. 9: „ein bewußter Verstoß gegen Treu und Glauben verstößt zugleich gegen die guten Sitten".

[14]) RG. in JW. 1907 S. 488: „Dolose und schikanöse Handlungsweise verstößt gegen die guten Sitten"; a. M. ROLG. Bd. 12 S. 114: „Das Vorliegen einer Chikane beweist noch lange nicht die Moralwidrigkeit einer Handlungsweise". Arglistige Täuschung ist moralwidrig (RG. Bd. 59 S. 156, Bd. 62 S. 384, JW. 1905 S. 42 Nr. 2); ebenso arglistiges Verschweigen (RG. in JW. 1906 S. 60, Bd. 61 S. 364 f. und Bl. f. RA. Bd. 72 S. 939). Hierbei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, daß zur dolosen und schikanösen Gesinnung auch noch, wie oben in § 1 betont, objektive Momente (Zweck usw.) hinzukommen müssen. Insofern deckt sich die exceptio bezw. actio doli nicht immer mit unserem Begriff; das ist in der Rechtsprechung des öfteren nicht genügend beachtet worden.

in der Rechtsprechung übrigens häufig einfach nebeneinander gestellt[15]).

Für die Herausarbeitung unseres Begriffes ist auch aus dem Umstand nichts zu gewinnen, daß — wie schon oben in § 1 erwähnt — das Bürgerliche Gesetzbuch von einem Verstoß gegen die guten Sitten nur in Beziehung auf Rechtsgeschäfte, auf Bewirkung bezw. Entgegennahme einer Leistung und endlich auf Schadenszufügung spricht. Es ist offensichtlich, daß hier nur eine begrenzte Anwendung unseres Begriffes vorliegt und nicht etwa begriffliche Schranken diese Einengung bedingen sollten.

Eines näheren Eingehens bedarf das Verhältnis unseres Begriffes zu Verstößen gegen Gesetzesge- und -verbote, seien es bürgerlichrechtliche oder strafrechtliche, und gegen Vertragsgebote bezw. Vertragsverbote. Sind diese Verstöße schon begrifflich immer moralwidrig? Aus dem Gesetz und aus den obigen Erörterungen ergibt sich die Verneinung dieser Frage. Durchaus nicht jedes Gebot und Verbot hat einen Inhalt, der mit der Moral etwas zu tun hat; das gilt nicht einmal von Strafgesetzen[16]).

Wenn ich in der Nähe von bewohnten Gebäuden schieße (Übertretung nach § 367 Z. 8 StGB.) oder mit einem Kraftwagen zu rasch fahre, überhaupt wenn ich mich z. B. gegen verkehrs-, bau- usw. polizeiliche Verbote vergehe, so tue ich etwas Strafbares oder Rechtswidriges, aber wohl niemand wird in meinem Tun einen Verstoß gegen die guten Sitten, eine Moralwidrigkeit finden und mich ev. aus § 826 BGB. für einen verursachten Schaden haftbar machen wollen.

Es werden deshalb in Fällen, in denen eine Gesetzesübertretung auf Moralwidrigkeit nachzuprüfen ist, in der gerichtlichen Praxis die beiden Begriffe nebeneinandergestellt[17]). Auch §§ 817,

---

[15]) Z. B. RG. Bd. 60 S. 296: „Treu und Glauben und die guten Sitten".

[16]) Vgl. ROLG. Bd. 9 S. 279; RG. Plenar-Entsch. in JW. 1905 S. 167 ff.; a. M. Fuld in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 593. Wie hier Staub, Erl. zu § 346 HGB. Anm. 12 unten. Vgl. ferner Oertmann, Komm. zu § 138 S. 427.

[17]) RG. im Recht 1906 S. 620 „ist rechtswidrig und verstößt gegen die guten Sitten". Auch SeuffArch. Bd. 59 S. 81. Ferner RG. Bd. 60 S. 275, Bd. 62 S. 266, 635 f. und Bd. 63 S. 145 und 336, wo die §§ 134,

819 Abs. 2 BGB. halten die beiden Begriffe auseinander („gesetzliches Verbot oder gute Sitten"). Ferner ist darauf hinzuweisen, daß zwischen § 134 BGB. (gesetzliches Verbot) und § 138 BGB. (guten Sitten) in den Rechtsfolgen ein erheblicher Unterschied besteht; § 134 spricht die Nichtigkeit nur aus „soweit nicht im Gesetz ein anderes bestimmt ist", § 138 dagegen unbedingt. Auch hieraus ergibt sich ein starkes Argument für den hier eingenommenen Standpunkt. Es wird weiter unten davon zu handeln sein, daß nicht jeder Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, die doch im allgemeinen hinter den Rechtsverboten sich verbirgt, auch moralwidrig ist; auch das spricht zugunsten der hier vertretenen Lehre. Endlich ist schon betont worden, daß der Standpunkt des Gesetzes und derjenige der Moral sich in Einzelfällen sehr wohl widersprechen können.

Von einer wichtigen Ausnahme dieser Lehre ist oben in § 3 schon gesprochen worden. Es ist der Fall, daß jemand eine fremde strafbare, rechtswidrige oder moralwidrige Handlung bewußt anstiftet, fördert, unterstützt. Warum und für welche Einzelfälle diese Ausnahme anzuerkennen ist, davon wird im besonderen Teil unten noch ausführlich zu sprechen sein.

Was hier von gesetzlichem Verboten gesagt wurde, gilt natürlich erst recht von gesetzlichen Geboten. Es ist oben schon darauf hingewiesen worden, daß ein Verstoß hiergegen nur dann

---

138 BGB. voneinander begrifflich geschieden werden. Eigentümlich RG. Entsch. vom 2. Oktober 1907 (abgedr. bei Soergel 1907 S. 50), wo ein Verstoß gegen die guten Sitten verneint wird, weil eine gesetzlich unzulässige Gläubigerbenachteiligung nicht vorliegt; daraus könnte man fast versucht sein zu folgern, daß nur die anfechtbaren Rechtsgeschäfte (AnfGes. § 3 ff.) moralwidrig sind, was der Senat aber wohl kaum sagen will. Wie im Text wieder RG. im Recht 1907 S. 1460 Nr. 3616, RG. in JW. 1908 S. 444 Nr. 4 samt Zitaten, ferner OLG. Celle in ROLG. Bd. 15 S. 315 (Umgehung des Gesetzes durch Täuschung der Behörden). Aus der Literatur ist zustimmend anzuführen Lotmar a.a.O. S. 11 ff. samt Zitaten (Savigny, Kirchmann); Staub, HGB., Erl. zu § 346 Anm. 12 unten. Mit Nachdruck und einer erkennbaren Absichtlichkeit wird der im Text gemachte Unterschied zwischen Rechtswidrigkeit und Moralwidrigkeit vom RG. in JW. 1908 S. 38 ff. immer und immer wieder betont. A. M. Bunsen in Buschs Zeitschrift 1907 „Ein Selbsthilfevertrag ist unsittlich, weil die Selbsthilfe vom Gesetz verboten ist."

als moralwidrig angesprochen werden kann, wenn das Rechtsgebot sich mit einem Moralgebot deckt.

Verträge, die bewußt auf Gesetzesumgehung abzielen, werden in der Regel moralwidrig sein[18]), wenn dies auch nicht notwendig der Fall sein muß. Vgl. unten Note 176.

Noch einfacher liegt die Frage für Verstöße gegen Vertragsgebote und vertragliche Verbote. Sie werden in der Regel überhaupt nichts mit der Moral zu tun haben. Es verpflichtet zum Schadensersatz und führt andere rechtliche Nachteile mit sich, setzt mich aber noch nicht ohne weiteres dem Vorwurf eines Verstoßes gegen die guten Sitten aus, wenn ich im Vertrag eine Leistung verspreche und sie dann nicht oder nicht gehörig ausführe oder zu einer Unterlassung mit verpflichte und trotzdem später mich nicht mehr daran kehre[19]). Aber auch hier ist eine der obigen Darlegung entsprechende Ausnahme anzuerkennen. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn ich einen andern zum Vertragsbruch bewußt verleite[20]) oder einen derartigen Verstoß bewußt begünstige. Auch über die einzelnen hier einschlägigen Fälle wird

[18]) Vgl. z. B. Entsch. d. RG. vom 2. Oktober 1907 (abgedr. bei Soergel 1907 S. 50) ferner OLG. Celle in ROLG. Bd. 15 S. 315 f. (Umgehung des § 33 GewO. moralwidrig, weil auf Täuschung der Behörden beruhend). Ebenso RG. Bd. 63 S. 143, vgl. auch Bd. 51 S. 357 ff. und Bd. 53 S. 171 ff.

[19]) Vgl. RG. vom 20. Juli 1907, abgedr. bei Soergel 1907 S. 54; ferner RG. Bd. 65 S. 333 ff. insbesondere S. 343 („weder unsittlich noch eine Vertragsverletzung").

[20]) Das RG. hält im Gegensatz dazu den oben gezeichneten Standpunkt in JW. 1906 S. 465 in einem Spezialfall sogar für absichtliche Verleitung Dritter zum Vertragsbruch fest (vgl. Bl. f. RA. Bd. 72 S. 111), allerdings aus Gründen, die auf anderweitigen gesetzlichen Bestimmungen beruhen. Hein, Verleitung zum Vertragsbruch, 1907, S. 132 dagegen vertritt die gleiche grundsätzliche Auffassung wie im Text. Ebenso RG. Bd. 62 S. 137; dagegen wieder Planck in DJZ. 1907 S. 13 f. Vgl. ferner RG. Entsch. vom 2. Oktober 1907 abgedr. bei Soergel 1907 S. 50 („Vertragsbruch . . . verpflichtet zum Schadensersatz nach § 280 BGB."). Die Entsch. des RG. Bd. 65 S. 333 ff. insbesondere S. 344 betrifft einen besonderen Fall, in welchem Moralwidrigkeit angenommen wird, ebenso RG. in JW. 1906 S. 199 Nr. 15 und im Recht 1906 S. 300. Kiß in DJZ. 08 S. 684 hält die Verleitung zum Vertragsbruch (z. B. zum Streik) nicht ohne weiteres für moralwidrig.

unter eingehender Begründung der vorgetragenen Sätze unten im besonderen Teil in § 13 noch des näheren zu sprechen sein.

§ 5.

Sittlichkeit. Öffentliche Ordnung.

Die Protokolle Bd. 1 S. 123 führen aus: „Der im Entwurf gebrauchte Ausdruck . . . „gegen die guten Sitten" sei beizubehalten; er sichere gegenüber der beantragten Ersetzung dieses Ausdrucks durch die Worte „gegen die Sittlichkeit" der Vorschrift einen umfassenderen Geltungsbereich und enthalte den richtigen objektiven Maßstab für die Handhabung des Gesetzes". Auf dem gleichen Rechtsstandpunkt stehen die Motive Bd. 1 S. 211, wenn sie betonen, „daß das Gebiet der Sittenpflichten sich mit dem der Rechtspflichten nicht deckt und daß nicht jedes vom Standpunkt der Sittlichkeit verwerfliche Rechtsgeschäft nichtig sein kann".

Aus diesen beiden Äußerungen scheint unwiderleglich hervorzugehen, daß unser Begriff nach dem Willen des Gesetzgebers ein weiterer ist als der Begriff der „Sittlichkeit", daß er also auch Fälle umfaßt, die nicht unter den Begriff „Verstoß gegen die Sittlichkeit" fallen. Unter diesen Umständen ist es müßig, der Frage nachzugehen, ob der Begriff „Verstoß gegen die guten Sitten" sich deckt mit dem Begriff „contra bonos mores", dessen glatte Übersetzung er zu sein scheint Auf jeden Fall ist es falsch, zu konkludieren[21]), der Begriff „contra bonos mores" sei von den Römern als identisch mit dem Begriff „turpitudo" = Unsittlichkeit angesehen worden, deshalb sei unser Begriff als bloße Verdeutschung des Ausdrucks contra bonos mores ebenfalls gleich „Unsittlichkeit" zu setzen. Aus den erwähnten Stellen ergibt sich

[21]) So Jacobi in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 89. Auf dieser falschen Schlußfolgerung hat Jacobi seine ganze, an sich bestechende Deduktion aufgebaut, die dadurch wertlos wird. Übrigens ist interessant, daß — wie im Text gleich zu besprechen sein wird — unser Begriff sich auch mit dem sprachlich ihm gleichnahestehenden Begriff contraire aux bonnes moeurs inhaltlich keineswegs deckt! Der Fehler der obigen Konklusion scheint also darin zu liegen, daß aus einer sprachlichen Ähnlichkeit auf rechtsbegriffliche Identität geschlossen wird.

unwiderleglich, daß dieser Schluß — vorausgesetzt, daß man unter „Unsittlichkeit" den direkten Gegensatz von „Sittlichkeit" versteht — unrichtig sein muß, gleichviel wo der Fehler liegt. Dieses Beispiel führt aber dazu, die Vorgeschichte unseres Begriffes nur mit äußerster Vorsicht zu benutzen.

Die vorerwähnten Stellen aus den Materialien ergeben aber auch auf der anderen Seite einen bei der Begriffsbestimmung positiv verwertbaren Satz. Es geht daraus nämlich hervor, daß nach dem Willen der Gesetzgeber, also wohl auch des Gesetzes die Verstöße gegen die „Sittlichkeit" ausnahmslos auch als Verstöße gegen „die guten Sitten" anzusprechen sind, daß wir es also hier mit einer unbestreitbaren Unterabteilung unseres Begriffes zu tun haben.

In Betracht kommt hier weiter der vielumstrittene Begriff der „öffentlichen Ordnung". Dieser, der im Code civil als Oberbegriff der bonnes moeurs wiederkehrt[22]), ist im geltenden bürgerlichen Recht von dem Begriff der guten Sitten losgelöst. Die Protokolle Bd. 1 S. 124 ergeben, daß die Redaktoren von der Ansicht ausgingen, Verstöße gegen die öffentliche Ordnung stellten zwar nicht begrifflich, wohl aber in der Mehrzahl der Fälle gleichzeitig einen Verstoß gegen die guten Sitten dar. Dieser Standpunkt ist auch als der des geltenden Rechtes anzusehen und wird in der Kasuistik festgehalten. Es sind begrifflich sehr wohl Handlungen denkbar, die nur gegen die öffentliche Ordnung verstoßen oder nur gegen die guten Sitten. Die Prostitution z. B. ist zweifellos unmoralisch; indes widerspricht sie, wenn kaserniert, sicherlich nicht einem guten sozialen Zustand, ja sie dient, wie ROLG. Bd. 12 S. 112 zutreffend ausführt, direkt den Interessen der Allgemeinheit. Im Gegensatz dazu werden Verstöße gegen die Gewerbefreiheit zumeist gegen die öffentliche Ordnung, aber nicht immer[23]) auch gegen die guten Sitten ver-

[22]) C. c. Art. 1133. Vgl. Steinbach in DJZ. 1899 S. 47.

[23]) Das bayr. OLG. im Recht 1905 S. 368 (auch Bl. f. RA. Bd. 71 S. 48) prüft gesondert, ob im vorliegenden Fall ein Verstoß gegen die GewO. vorliegt oder etwa ein „Verstoß gegen die guten Sitten oder öffentliche Ordnung". Auch der daselbst angezogene Art. 1131 (im Zusammenhalt mit Art. 1133) C. c. kennt genau diese Unterscheidung.

stoßen[24]); Zuwiderhandlungen gegen gesetzliche Verbote, gegen Strafgesetze[25]) bilden weitere Beispiele. Man hat deshalb begrifflich im Einzelfall festzustellen, ob der Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gleichzeitig unmoralisch ist oder nicht[26]). Diese theoretisch berechtigte Unterscheidung hat allerdings für die Praxis keine allzugroße Bedeutung. Es ist, wie Steinbach in DJZ. 1899 S. 47 sagt, im Einzelfall oft unmöglich, die beiden Begriffe auseinanderzuhalten. Schließlich dient ja die Mehrzahl der ethischen Verbote mehr oder weniger den Interessen der Allgemeinheit; des ferneren ist der Ausdruck „öffentliche Ordnung" ebenso wie unser Begriff ungeheuer dehnbar. Allein die Unterscheidung ist nicht zu entbehren, da es immerhin, wie gezeigt, Fälle gibt, bei denen die Unterscheidung möglich und rechtlich von Bedeutung ist. Die Rechtsprechung hat zu dieser Frage noch nicht unzweideutig Stellung genommen.

Alle die genannten Begriffe sind, wie man aus dem Angegebenen ersieht, zur begrifflichen Abgrenzung der „guten Sitten" nicht verwendbar; sie bilden durchgehends keine selbständig neben diesen stehende Begriffe, sondern beide fließen teilweise ineinander über. Von gesetzlichen Bestimmungen ist nur die folgende bei der Definition der „guten Sitten" verwendbar: in § 138 Abs. 2 BGB. gibt das Gesetz einen genau umgrenzten Fall — Wucher —, der nach dem Wortlaut des Gesetzes als Verstoß gegen die guten Sitten aufgefaßt werden muß. Die im Folgenden versuchte Definition hat als ruhenden Punkt diesen typischen Spezialfall unseres Begriffes erschöpfend auszunutzen.

[24]) Motive Bd. 1 S. 211.

[25]) Fuld in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 593, der alle Verstöße gegen die öffentliche Ordnung begrifflich unter unseren Begriff subsumiert, spricht auch obige Fälle folgerichtig als unmoralisch an; er übersieht dabei, daß sogar § 134 BGB. eine Ausnahme kennt („soweit nicht im Gesetz ein anderes bestimmt ist") und daß auf dem von ihm betretenen Weg auch diese Ausnahmen ebenfalls unsittlich, also nichtig (§ 138 BGB.) wären, denn ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot liegt ja auch in diesen Fällen vor. Vergleiche hierzu Note 17 ff.

[26]) Anderer Meinung Fuld in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 593, welcher annimmt, daß jeder Verstoß gegen die öffentliche Ordnung auch den guten Sitten zuwiderläuft.

§ 6.

Prinzipielle Abgrenzung des Begriffs an der Hand des Gesetzes selbst. Stärke des Verstoßes.

Abgesehen von den in § 1 dieser Arbeit einleitend gegebenen Bemerkungen und den gelegentlich im Vorstehenden eingestreuten Folgerungen lassen sich schon aus dem vom Gesetz selbst dargebotenen geringen Material einzelne weitere Hauptgrundsätze abstrahieren, die bei der positiven Erläuterung des Begriffs der „Moralwidrigkeit" zu beachten sind.

Das in Abs. 2 des zitierten § 138 dargebotene typische Beispiel von Unmoral zeichnet einen Fall, der auf seiten des Handelnden einen bedenklichen moralischen Tiefstand voraussetzt. Es ist vorausgesetzt, daß er sich in einer über das erlaubte Maß weit hinausgehenden Weise geistige oder moralische Defekte eines anderen in gewinnsüchtiger Absicht zunutze macht. Hieraus lassen sich mehrere Folgesätze gewinnen. Zunächst einmal erscheint es einleuchtend, daß als „Verstoß gegen die guten Sitten" nur solche Verstöße angesehen werden sollen, die entweder durch ihre Art oder aber durch ihre Heftigkeit die Allgemeinheit zu scharfer Abwehr nötigen, die mit einem Wort unerträglich sind. Dieser Satz wird auch durch folgende Erwägungen gestützt: das bürgerliche Recht knüpft an einen Verstoß gegen die guten Sitten den härtesten zivilrechtlichen Rechtsnachteil, den es überhaupt aussprechen kann[27]). Es kann deshalb nur solche Verstöße treffen wollen, die ein gewisses Maß übersteigen. In der Rechtsprechung ist insbesondere vom RG. dieser Gesichtspunkt schon eingehend beleuchtet worden. In einer ganzen Reihe von Entscheidungen[28])

---

[27]) § 138 BGB. (Nichtigkeit), § 826 (Schadensersatz), § 817 S. 1 u. 2 (Nichtkondizierbarkeit).

[28]) RG. Bd. 46 S. 179 „Mangel idealer Anschauung kein Verstoß gegen die guten Sitten"; SeuffArch. Bd. 60 S. 233 „vornehme Denkungsart und feineres Anstandsgefühl" kommen nicht in Betracht. RG. in DJZ. 1904 S. 70 „Unkulanz" nicht moralwidrig. RG. im Recht 1906 S. 854 „Unziemlichkeit" nicht moralwidrig. RG. Bd. 55 S. 371 ff. „Zwischen der Handlungsweise eines vornehm denkenden Käufers und derjenigen eines Käufers, der im Geschäftsverkehr den Anforderungen der Redlichkeit und des Anstandes genügt, liegt ein Spielraum, der in den Grenzen der guten Sitten sich bewegt"; ebenda

wird betont, daß Verstöße, die nur einer feinen Denkungsart, einem verfeinerten Anstandsgefühl, einer idealeren Anschauung widerstreiten, nicht hierher gehören.

Allerdings darf nicht verkannt werden, daß es im Einzelfall oft recht schwer sein mag, hier diese auch von der Rechtsprechung gezogene Grenze zu ziehen. Aber die Abgrenzung ist absolut notwendig, wie auch in der Literatur allgemein anerkannt wird[29]); denn sonst würde unser Rechtsbegriff weit über das vom Gesetzgeber gewollte Ziel hinausschießen und, statt der Billigkeit zu dienen, der Schikane und Rechtsunsicherheit Tür und Tor öffnen.

Es sind Fälle bekannt geworden, bei denen die Unterscheidung wenig Schwierigkeiten geboten hat, z. B. Einheiraten in eine Praxis[30]), Unkulanz eines Geschäftsmannes[31]), Geldheirat[32]), unfaire Übervorteilung eines geistig Minderwertigen[33]), Darlehensgeschäfte eines sozial Hochstehenden[34]). Hierher wird auch gehören das Wegschnappen einer Stellung und in gewissen Grenzen Konkurrenzmanöver der Kaufleute. Schwierigkeiten bot dagegen ein Fall, in welchem der Schwiegersohn in dem Geschäfte seines Schwiegervaters sich Branchekenntnisse usw. aneignete, sodann in

---

S. 373 „.... ebensowenig kann die vornehme Gesinnung, durch die gewisse Kreise sich auszeichnen, für die Begriffsbestimmung der guten Sitten im Rechtssinne den Maßstab bilden." Vgl. ferner OLG. Stuttgart in SeuffArch. Bd. 60 S. 70 „einem feineren Sittengefühl zuwiderlaufend"; OLG. Köln im Recht 1906 S. 182 „vornehm denkend" usw. Diese Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Als typischen Fall aus der Praxis vgl. OLG. Hamburg in Neumanns Jahrb. Bd. 3 Z. 6 I A b zu § 138: Übervorteilung eines geistig Zurückgebliebenen; einen gegensätzlichen Fall bespricht das RG. in Bd. 67 S. 393. Es gilt eben noch jetzt der Satz: non omne quod licet honestum est.

[29]) Vgl. statt vieler Dernburg, Bürgerl. Recht B. 1 S. 374, der begrifflich „Unvereinbarkeit mit einem guten sozialen Zustand" fordert. Staub, Erl. zu 346 HGB. Anm. 1a E. „minder anständig" ist noch nicht moralwidrig. Cosack, Bürgerl. Recht Bd. 1 § 58 Z. 5 verlangt „gröbliche Verletzung der Moral".

[30]) RG. im Recht 1906 S. 289.

[31]) RG. in DJZ. 1904 S. 70.

[32]) Recht 1906 S. 1191.

[33]) Zit. Entsch. d. OLG. Hamburg bei Neumann Bd. 3 zu § 138 BGB.; a. M. OLG. Cassel im Recht 1906 S. 179 Nr. 288.

[34]) RG. im Recht 1906 S. 854 Nr. 2069.

ein Konkurrenzgeschäft übertrat und in diesem die erworbenen Kenntnisse verwertete[35]).

§ 7.

Einengungen durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift.

Aus dem Abs. 2 des § 138 BGB. ergibt sich noch ein weiterer Grundsatz, den auch an anderen Stellen das Gesetz hervortreten läßt. Das Gesetz hat des öfteren zu erkennen gegeben, daß es bestimmte, genau umgrenzte Tatbestände nicht als gegen die guten Sitten verstoßend erachtet oder aus anderen Gründen von den §§ 138, 817, 826 BGB. ausgenommen haben will. Hierher gehören u. a. folgende Fälle: es liegen nicht alle einzelnen Voraussetzungen des zitierten § 138 Abs. 2 BGB. (Wucher) vor, sondern nur etwa ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, ohne daß gleichzeitig auch eine Notlage usw. ausgenützt wird[36]); ferner Einsatz am Totalisator (Reichsgesetz vom 4. Juli 1905)[37]); entgeltliche Heiratsvermittlung (§ 656 BGB.)[38]); Spiel[39]), Wette, Lotteriespiel (§§ 762, 763 BGB.), Differenzgeschäft (§ 764 BGB.); weiter einzelne Bestimmungen des Wettbewerbgesetzes, des Gesetzes, betr. die Abzahlungsgeschäfte usw.

---

[35]) Auch in diesem Fall (RG. im Recht 1907 S. 309) wurde die Moralwidrigkeit verneint. Die Entscheidung dürfte aber wohl als sehr bedenklich angesprochen werden.

[36]) RG. Bd. 64 S. 182 in JW. 1903 Beil. Nr. 122 S. 53, 54; ob allerdings diese Unterscheidung der ratio legis entspricht oder nicht vielmehr, weil eine erhebliche und ungerechtfertigte Einschränkung des in Abs. 1 l. c. ausgesprochenen Grundsatzes enthaltend, eine ungewollte Konsequenz darstellt, wird unten zu erörtern sein; vom rein gesetzes-technischen Standpunkt ist dem RG. beizupflichten. A. M. OLG. Stuttgart in SeuffArch. Bd. 60 S. 70.

[37]) OLG. Hamburg in ROLG. Bd. 12 S. 93 (Totalisatordarlehen nicht moralwidrig); ebenso RG. ebenda für Spieldarlehen.

[38]) RG. in JW. 1902 Beil. S. 23, 24 und JW. 1900 S. 638 (Ehemaklerei nicht moralwidrig) mit Dernburg Bd. 2 S. 488; a. M. Kuhlenbeck in JW. 1907 S. 34 f. und Kohler, ArchBürgR. Bd. 12 S. 317. Auch das RG. (JW. 1906 S. 713) hat neuerdings seine frühere Ansicht aufgegeben und hat den genannten Autoren beigepflichtet. Ebenso RG. in Gruchot Bd. 50 S. 968.

[39]) Spieldarlehen nicht grundsätzlich moralwidrig. RG. in JW. 1908 S. 191 f.

— denn angesichts der Bestimmung des § 138 Abs. 1 BGB. wären diese Bestimmungen sonst gegenstandslos —; ferner die Tatbestände der Gläubiger- und Konkursanfechtung (ausschließlich der Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB.) — denn diese Vorschriften wären in ihren Rechtsfolgen mit § 138 Abs. 1 l. c. nicht vereinbar, wenn gleichzeitig darin ein Verstoß gegen die guten Sitten läge[40]) —. Erwähnt sei ferner als besonderer Fall die Entscheidung des RG. in Bd. 52 S. 4, wonach die Berufung auf die gesetzlichen Formvorschriften niemals moralwidrig sein kann. Die angeführten Bestimmungen erschöpfen die hierher gehörigen Fälle nicht; aus ihnen kann aber als leitender Grundsatz der wichtige Satz abstrahiert werden: Besondere gesetzliche Tatbestände, an die das Gesetz Rechtsfolgen knüpft, die mit den Folgen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nicht vereinbar sind, fallen nicht unter unsern Begriff, vorausgesetzt natürlich, daß nicht besondere Nebenumstände sie unmoralisch im Sinne des Gesetzes machen[41]). Ihre Subsumierung unter unseren Begriff ist wegen besonderer gesetzlicher Regelung ausgeschlossen.

In gleicher Weise ist der Richter, auch ohne daß ihm genau passende Rechtssätze zur Verfügung stehen, bei der Prüfung der einzelnen Fälle in vielen Richtungen an einen bestimmten moralischen Standpunkt gebunden, weil ihn das Gesetz an irgend einer Stelle bindend vorschreibt. Dieser Standpunkt ist ja, wie oben in § 3 a. E. schon erwähnt, unter Umständen zu verallgemeinern und auch dann maßgebend, wenn inzwischen die

---

[40]) Ebenso OLG. Jena im Recht 1907 S. 53, RG. in Gruchot Bd. 49 S. 348 ff. und insbesondere mit ausführlicher Begründung RG. in JW. 1908 S. 444 Nr. 4, woselbst auch Zitate aus der bisherigen Rechtsprechung des RG. zu finden sind. Für den Fall des § 123 BGB. (arglistige Täuschung) nimmt das RG. in sehr interessanten Ausführungen an, daß gleichzeitig ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt; vgl. insbes. RG. in JW. 1906 S. 379, Bd. 59 S. 156, Bd. 62 S. 384 und Bd. 63 S. 112.

[41]) Vgl. RG. in Gruchot Bd. 49 S. 351 ff. („die Verschleierung, das Versteckspielen fügt den Tatbeständen des Anfechtungsgesetzes ein ihnen fremdes Moment zu"); vgl. auch die umfangreiche zum Wettbewerbgesetz ergangene Rechtsprechung, die gleichfalls den hier gezeigten Gedankengang verfolgt.

sittliche Volksanschauung eine andere geworden ist. Eminent praktisch kann hier werden insbesondere der im Wettbewerbgesetz an Einzelfällen zum Ausdruck gekommene Sittenstandpunkt des Gesetzes.

Beispiele aus der Praxis für die beiden besprochenen Fälle: Vertrags- und Vertrauensbruch verpflichtet zum Schadensersatz nach § 280 BGB., ist also bei § 826 BGB. auszunehmen[42]); Vereinbarung des Selbstmordes[43]); Erstrebung eines vom Gesetz mißbilligten Vermögensvorteils durch sonst erlaubte Maßnahmen[44]); der normale Geschlechtsverkehr in der Ehe[45]); Verleitung einzelner Arbeiterkategorien zum Vertragsbruch[46]); Ausschlagung einer Testamentserbschaft und Annahme als gesetzlicher Erbe zwecks Beseitigung eines Legats[47]); Abtretung des künftigen Vermögens[48]). Vgl. ferner die Gründe der Reichsgerichtsentscheidung vom 18. September 1907 im Recht 1907 S. 1395 Nr. 3445 usw.

Alle diese aus einzelnen gesetzlichen Vorschriften abzuleitenden Einengungen unseres Begriffes zeigen keine gemeinsamen Grundzüge. Es wäre voreilig, den Schluß zu ziehen, sie seien begriffliche Ausnahmen von unserm Begriff. Rein theoretisch genommen, würden manche dieser Tatbestände die Kennzeichen der Moralwidrigkeit aufweisen. Allein der Richter ist durch die im Gesetz niedergelegten Bestimmungen gezwungen, sie als Ausnahmen zu behandeln und, wenn das Gesetz sich erkennbar auf einen sittlichen Standpunkt festgelegt hat, diesen auch seinerseits einzunehmen, wie oben in § 3 schon näher ausgeführt wurde. Im Endeffekt ist es gerade so, als ob § 138 BGB. ebenso wie § 134 BGB. den Nachsatz enthielte: „wenn nicht das Gesetz ein anderes bestimmt". Daß es völlig falsch wäre, aus dem ausdrücklichen Fehlen eines solchen Nachsatzes gegenteilige Schlüsse zu ziehen, leuchtet ohne weiteres ein.

[42]) RG. vom 2. Oktober 1907 (Soergel 1907 S. 50).
[43]) Moralwidrig. RG. Bd. 12 S. 288.
[44]) Zession eines Wechsels RG. Bd. 51 S. 360 (moralwidrig).
[45]) BGB. § 1353 (nicht unmoralisch).
[46]) RG. im Recht 1906 S. 1079 Nr. 2502 a. E. (nicht unmoralisch wegen § 125, 154 Abs. 1 GewO.).
[47]) RG. im Recht 1906 S. 798 Nr. 1886 (nicht moralwidrig).
[48]) RG. in JW. 1907 S. 108 Nr. 11 (unmoralisch wegen § 310 BGB.).

Die Wichtigkeit der hier behandelten Ausnahmen darf ja nicht unterschätzt werden. In diesen immer mehr und mehr in der Rechtsprechung hervorgekehrten Schranken der Begriffsanwendung liegt ein sehr bedeutsames Korrektiv gegen eine uferlose Anwendung unseres Begriffes. Gleichzeitig werden damit, wenigstens in vielen Richtungen, dem Richter Richtlinien gezeigt, die einen gewissen Halt bei der Anwendung unseres Begriffes zu bieten vermögen; allerdings wird dies andererseits eine gewisse Erstarrung der Moralanschauung vom Standpunkte des Richters aus im Gefolge haben.

In jedem einzelnen Fall hat darum die Praxis zu prüfen, ob nicht das Gesetz selbst für dessen sittliche Wertung Richtlinien aufgestellt hat. Das wird mit die schwierigste, aber wenigstens auf festem Boden lösbare Frage sein, die sich bei Prüfung der Moralwidrigkeit der Richter im Einzelfall zu stellen und zu beantworten hat.

§ 8.

Definition des Begriffes. Standesmoral — Volksmoral.

Nur wenige und kärgliche Fingerzeige geben uns — wie gezeigt — das bürgerliche Recht und die Protokolle zum BGB. für die Begriffsbestimmung, und ebenso bietet die Rechtsphilosophie nur geringes Material. Die bisher gewonnenen allgemeinen Auslegungssätze seien hier noch einmal zusammengestellt:

1. unmoralisch im Sinne des Gesetzes ist nur die Übertretung von Moralverboten; nicht auch die Nichtbefolgung von Moralgeboten, außer wenn sie sich zu Rechtsgeboten verdichtet haben;
2. diese Übertretungen müssen derart sein, daß die Allgemeinheit ein rechtliches Interesse an ihrer Unterdrückung hat;

3. der Begriff ist weiter als der Begriff „Sittlichkeit“ und deckt sich nur zum Teil mit dem Begriff „Verstoß gegen die öffentliche Ordnung“.

Die weitere Ausarbeitung unseres Begriffes hat der Gesetzgeber der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen. Während nun die Wissenschaft zur Erläuterung des Begriffes nur wenig beitrug, bietet die gerichtliche Praxis eine wahre Fundgrube einschlägiger Entscheidungen. Allerdings wird es immer mehr Mode, die Begründung, warum etwas gegen die guten Sitten verstößt, nur mehr fragmentarisch zu geben oder gar ganz zu unterlassen. Das hängt zusammen mit der Schwierigkeit, den kautschukartigen Begriff der Unmoral in feste, allgemeingültige Regeln zu pressen. Die Vielgestaltigkeit des modernen Verkehrslebens läßt es fast unmöglich erscheinen, ein für alle Fälle anzuwendendes Schema unseres Begriffes aufzustellen. Indes können doch aus der bisherigen Rechtsprechung einige Grundsätze allgemeiner Natur hier abstrahiert und verwendet werden.

Der in § 138 Abs. 1 BGB. aufgestellte Grundsatz findet sich, wenn auch natürlich in etwas anderer Fassung, schon im römischen und gemeinen Recht, im C. c., dem Pr. ALR. und im bayr. Landrecht. Die Rechtsprechung hat also doch einigermaßen festen Boden vorgefunden. Der Begriff der Moralwidrigkeit empfängt seinen Inhalt — das ergeben alle diese Gesetze — allein aus dem Gebiete der Moral. Die erste Frage, welche der Rechtsprechung gestellt wurde, war die, wessen moralische Empfindung zugrunde zu legen ist.

Der Begriff findet sich in deutschen Reichsgesetzen; er ist berechnet für das ganze deutsche Volk. Ausländisches Recht ist hierfür bedeutungslos (EG. z. BGB. Art. 30, RG. Bd. 10 S. 113, Bd. 16 S. 114). Es kann deshalb von vornherein als Sittenrichter nur das deutsche Volk in Frage kommen; nur dieses ist berufen, darüber zu entscheiden, ob etwas gegen Moralverbote verstößt, ob es „schlecht“, „unerlaubt“, „unmoralisch“ ist. Nun gibt es aber im deutschen Volk eine ganze Masse von in sich geschlossenen Personenkreisen, die in Standesfragen sich eigene Satzungen geben und ganz selbständige Standesanschauungen schaffen und pflegen, z. B. die arbeitende Klasse, der Adel, die Offiziere, Ärzte, Richter, Rechtsanwälte usw. Soll nun in Fällen, in welchen nur Angehörige derselben Kaste beteiligt sind, deren sittliche Anschauung, mit anderen Worten ihre Standesauffassung maßgebend sein? Man denke an die ärztliche Standesordnung, wonach der Verkauf der ärztlichen Praxis ehrengerichtlich geahndet wird; an den in Studentenkreisen noch immer dominierenden Trinkzwang; an die Auffassung des Arbeiters vom Streikbruch (vgl. Dr. B. Hilse in Bl. f. RA. 71 S. 550, der diese Sonderanschauung sehr richtig würdigt); an die Satzungen des hohen Adels über ebenbürtige Ehen, Mesalliancen usw. Je nach der Klasse, die im Einzelfall zur Beurteilung berufen wird, wird das sittliche Urteil darüber, ob etwas unerlaubt ist oder nicht, verschieden ausfallen. Man hat gesagt [49]), der Richter solle, wenn der seiner Kognition unterliegende Fall ausschließlich innerhalb eines solchen Personenkreises sich abspiele, auch die Standesanschauungen des Kreises berücksichtigen. Diese Auffassung hat manches für sich; allein sie führt, konsequent ausgebaut, zu einer Fülle sich widersprechender Urteile — man denke an den Streikbruch des Arbeiters und an den, der Ausdruck sei erlaubt, Streikbruch eines Kassenarztes — und infolgedessen zu einer großen Rechtsunsicherheit im Volk; weiterhin aber auch zu ungleicher Behandlung der einzelnen vor dem Gesetz. Es haben sich denn auch dieser Lehrmeinung namhafte Rechtslehrer [50]) widersetzt und die Rechtsprechung hat prinzipiell dieselbe abgelehnt [51]); allerdings nicht ohne den berechtigten Kern

[49]) Oertmann, Komm. zu § 826 BGB.; Kuhlenbeck, Komm. ebenda; v. Staudinger ebenda; Jacobi in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 111. Etwas abgeschwächt Oertmann in Bl. f. RA. Bd. 72 S. 280. Vgl. neuerdings auch Oertmann, Komm. zu § 138 BGB. S. 425 unten, wo ausdrücklich nur die Volksmoral als maßgebend erachtet wird.

[50]) Enneccerus, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 442; Lotmar a.a.O. S. 96 ff.; v. Liszt, Deliktsobligationen S. 43; Dernburg Bd. 2 § 393 Anm. 7; Planck in DJZ. 1907 S. 9.

[51]) Das OLG. Bamberg in Bl. f. RA. Bd. 71 S. 134 spricht es unzweideutig aus, daß „auf mißbräuchliche Auffassung einzelner oder auch ganzer Gruppen keine Rücksicht zu nehmen ist, daher auch das mangelnde Bewußtsein von der Verwerflichkeit dieses nicht aufrecht zu erhalten vermag“. Es wird hier auf RG. in JW. 1904 S. 257 verwiesen. Vgl. RG. Bd. 48 S. 124, Bd. 55 S. 373. „Eine niedrige Denk- und Handlungsweise, selbst wenn sie in einzelnen Volksschichten die herrschende sein sollte, wird nicht gute

der Lehrmeinung übernommen zu haben. Das Reichsgericht führt in Bd. 48 S. 124 aus: „Die sittlichen Anschauungen eines Kreises, Standes usw. können dann maßgebend sein, wenn sich in ihnen die herrschende Sitte ausprägt". Man darf wohl hinzufügen: auch dann, wenn ein Tatbestand in Frage kommt, der nur in diesem Milieu überhaupt möglich ist, von dem das Volk im allgemeinen keine eigene Anschauung hat, z. B. kaufmännische Gebräuche, Studentenmensuren. Diesen Standpunkt hat das Reichsgericht in konstanter Praxis [52]) festgehalten; ihm ist angesichts der fundamentalen Bedeutung unseres Begriffes beizustimmen. Das Ergebnis der bisherigen Betrachtung ist also

---

Sitte, ebensowenig kann die vornehme Denkungsweise einzelner Kreise für die Begriffsbestimmung den Maßstab bilden"; ferner RG. in JW. 1904 S. 257 usw., insbesondere wird die Anschauung des ehrbaren Kaufmanns angezogen. Folgender Fall aus der Praxis scheint dem zu widersprechen. Während das HGB. § 74 für kaufmännische Kreise das Konkurrenzverbot zuläßt, verneint das RG. in JW. 1906 S. 474, Entsch. Bd. 66 S. 143 ff. die Zulässigkeit desselben in Arzt- und Rechtsanwaltskreisen als mit deren Berufsstellung unvereinbar. Man könnte meinen, daß hier eine bloße Standesanschauung die Moralwidrigkeit begründet. Indes lassen die Gründe der Entscheidung erkennen, daß das RG. in ausführlichen Erörterungen darzulegen bemüht ist, daß sich in dieser Standesanschauung die allgemein im Volk lebende sittliche Auffassung vom Berufe des Arztes bezw. des Rechtsanwalts ausgeprägt; das gleiche gilt für den Verkauf einer ärztlichen Praxis; siehe die betreffende Entsch. des RG. in JW. 1906 S. 473 ff. Bd. 66 S. 139 ff., wo das RG. sagt: dadurch wird „nicht nur das Standesbewußtsein und ein bloß gesteigertes Standesgefühl der Ärzte, sondern auch die sittliche Empfindung der Gesamtheit verletzt". Die beiden Entscheidungen zeigen also deutlich, daß das RG. damit die im Text vertretene Auffassung nicht hat aufgeben wollen; ob allerdings die darin kundgegebene ideale Auffassung von der Stellung der beiden Berufe der realen Wirklichkeit Stand halten würde und nicht vielmehr mit der modernen Anschauung in krassem Widerspruch steht, ist eine andere Frage. Ein weiterer Fall, der hier angezogen werden könnte, ist die Entsch. des RG. in JW. 1906 S. 477 (eine Konkurrenzklausel unter selbständigen Kaufleuten anders zu beurteilen als die den Gehilfen auferlegte). Auch hier gilt das oben Gesagte.

[52]) Von neueren Entscheidungen seien erwähnt: RG. in JW. 1904 S. 257: in familienrechtlichen Fragen „ist nicht Rücksicht zu nehmen auf die besonderen Anschauungen der Standesgenossen"; RG. im Recht 1906 S. 182 „verstößt gegen die guten Sitten und namentlich gegen die sittlichen Anschauungen aller achtbaren Kaufleute"; ebenso OLG. Bamberg in Bl. f. RA. Bd. 71 S. 133.

das: entscheidend für die Unmoralität einer Handlung ist das sittliche Empfinden des deutschen Volkes ohne Berücksichtigung von Klassenanschauungen.

§ 9.
Gewinnung der Moralgrundsätze. Bewußtsein der Moralwidrigkeit.

Es taucht sofort die Frage auf: wie erfährt der Richter, was nach dem sittlichen Empfinden des deutschen Volkes als unerlaubt gilt? Es droht hier insbesondere die Gefahr, daß der Richter, der selbst in gewisse Standesauffassungen sich eingelebt hat, entweder diese oder seine eigene selbständige Meinung zu sehr in den Vordergrund rückt und hiernach urteilt [53]). Eine allgemeine Formel steht dem Richter nicht zur Verfügung.

Das Reichsgericht (Bd. 48 S. 124 ff.) gibt auch hier der Praxis einen wertvollen Fingerzeig: „den Maßstab für den Begriff der guten Sitten hat der Richter . . . zu entnehmen dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden". Anscheinend ist damit nur eine neue abstrakte Formulierung unseres Begriffes dargeboten; allein der hier aufgeworfene Maßstab ist schon viel faßbarer als derjenige, der „aus dem sittlichen Empfinden des deutschen Volkes" entspringt. Was im einzelnen ein billig und gerecht Denkender sagen würde, das festzustellen, kann dem Richter, dem der Grundsatz des aequum et bonum während seiner ganzen juristischen Ausbildung immer und immer wieder vor Augen gestellt worden ist, nicht mehr allzu schwer fallen. Es muß aber auch gesagt werden, daß dieser Standpunkt des Reichsgerichts, wenn er auch wegen seiner leichteren Erfaßbarkeit gebilligt werden kann, im Grunde denn doch etwas anderes bezielt, als oben ausgeführt wurde. Es ist rein theoretisch keineswegs ausgeschlossen, daß das im deutschen Volke im Durchschnitt herrschende Empfinden sich mit dem, was ein gebildeter, auf höherer Warte stehender Richter für billig und gerecht halten wird, nicht deckt. Man denke nur etwa daran, daß die Masse des deutschen Volkes aus Arbeitern

---

[53]) Hölder a.a.O. S. 305 und ArchZivPrax. Bd. 73 S. 102 macht sogar dem Richter dies zur Pflicht, und zwar selbst dann, wenn seine Anschauung offensichtlich der allgemein herrschenden widerstreitet.

besteht und vergleiche nun die Auffassungen, die bei diesen und bei den billig denkenden Richtern über Boykott, Streik, Streikbruch usw. bestehen. Allein der Ansicht des Reichsgerichts ist doch beizutreten; denn, auch wenn die Masse des Volkes aus Arbeitern besteht, wäre es unbillig, wenn deren oft recht einseitige Auffassungen nun auch unbesehen als „deutsches Volksempfinden“ müßten hingenommen werden. Es ist Aufgabe des Richters, einen durchschnittlichen Maßstab anzulegen und damit der Vordrängung einseitiger Klasseninteressen die richtigen Schranken zu ziehen. Erfreulicherweise hat denn auch die jetzt vorliegende Rechtsprechung dieser Aufgabe in durchgängig anerkennenswerter Weise genügt und dem Richter für seine Entscheidungen mehr und mehr festen Boden gegeben.

Der Standpunkt des Reichsgerichts wird sachlich von der in der Literatur herrschenden Meinung geteilt. Er entspricht auch der bisherigen Entwicklung unseres Begriffes.

Es erübrigt nunmehr ein letzter allgemeiner Grundsatz. Es ist nämlich noch zu fragen, ob der Begriff der guten Sitten nur aus dem z. Z. der Gesetzgebung herrschenden sittlichen Empfinden zu entnehmen oder ob er aus den z. Z. der Urteilsfindung herrschenden sittlichen Anschauungen zu schöpfen ist. Das Reichsgericht[54]) nimmt das letztere, Hölder[55]) das erstere an. Mit der gemeinen Meinung ist auch hier dem Reichsgericht beizutreten. Die Moralbegriffe eines Volkes verändern sich; als Schulbeispiel hierzu kann der Wandel der Anschauungen über Sklaverei dienen, auch der moderne Ansturm gegen obscöne Literatur und Kunst, die abwechselungsvolle Behandlung des Streikes, des Zinsennehmens, des pactum de non licitando[56]) und des Wuchers kann hierher gezogen werden (vgl. zum letzteren Lotmar a.a.O. S. 30 Note 103 im Gegensatz zu § 138 Abs. 2 BGB.). Jacobi in Jherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 82 führt folgende weitere Beispiele an: Blutrache, Menschenopfer, Tötung der Kinder und Greise, Fehderecht, Religionsverfolgung, Tortur, Länder- und Menschenschacher,

[54]) Bd. 48 S. 124 ff. „nach dem jeweiligen Volksempfinden“.

[55]) a.a.O. zu § 138. Dagegen insbesondere Oertmann, Komm. zu § 138 BGB., Seite 425 unten.

[56]) Vgl. RG. in JW. 1904 S. 537 f. samt den dortigen Nachweisen.

Spionage, Personalarrest, Zölibat der Geistlichen. Mit den Sittenbegriffen eines Volkes wechselt aber auch notwendigerweise das Interesse daran, was vom Recht als unmoralisch zu unterdrücken ist und was nicht. Es kann dem Richter unmöglich zugemutet werden, etwas als gerecht und billig zu erachten, was nach den derzeitigen Anschauungen von billig und gerecht dies nicht ist und umgekehrt; es wäre absurd, wenn man unseren, vom Gesetzgeber mit Absicht nicht näher erläuterten und nur äußerst dehnbar gestalteten Begriff vom Standpunkt vergangener Zeiten aus erschöpfen wollte. Darum muß auch das Recht, wenn es ganz allgemein sich auf Sittenverbote beruft, dem Wandel der Zeit Rechnung tragen[57]).

Aus den bisher entwickelten allgemeinen Grundsätzen hebt sich also etwa folgendes Bild unseres Begriffes ab: Gegen die guten Sitten verstoßen solche Handlungen bezw. rechtswidrigen Unterlassungen, welche einem im jeweiligen sittlichen Empfinden des deutschen Volkes und aller billig und gerecht Denkenden begründeten Moralverbot derart zuwiderlaufen, daß sie dem Interesse der Allgemeinheit widerstreiten. Die Begriffsbestimmung ist etwas enger als die vom Reichsgericht in der oft zitierten Entsch. Bd. 48 S. 124 ff. gegebene („darunter fällt alles, was nach dem jeweiligen Volksempfinden und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden als unerlaubt gilt“), dürfte sich aber sachlich mit dem decken, was sich aus den einzelnen Entscheidungen als derzeitige Auffassung des Reichsgerichts abstrahieren läßt.

Im Folgenden soll nun versucht werden, die bisher zu unserem Begriff ergangene Rechtsprechung auf die Beobachtung dieser Grundsätze nachzuprüfen und dabei die Masse der einschlägigen Entscheidungen in ein gewisses übersichtliches Schema einzudämmen. Erst hieraus kann ja festgestellt werden, was nun

[57]) Mit der oben in § 3 gemachten Einschränkung. Aus den im Text gegebenen Gründen ist auch der Richter, falls ihm ein passendes Präjudiz zur Verfügung steht, keineswegs der Pflicht enthoben, nachzuprüfen, ob die darin niedergelegte sittliche Auffassung noch gilt; im modernen Leben vollzieht sich — wie man an der veränderten Bewertung der Kampfmittel im Arbeiterkampf leicht ersieht — oft in ganz kurzer Zeit ein starker Wechsel im Sittenstandpunkt. Wie rasch war das Sozialistengesetz erlassen und verschwunden! Wie sehr vermag eine lex Heinze auf unsern Begriff einzuwirken!

eigentlich im einzelnen nach der Kasuistik dem gezeichneten sittlichen Standpunkt zuwiderläuft. Hierbei wird auf die in § 1 schon erörterte Frage im einzelnen zurückzukommen sein, ob die Moralwidrigkeit stets eine objektive sein muß oder ob schon eine subjektive genügt.

Bevor dazu übergegangen wird, sei noch kurz erörtert, ob das Bewußtsein der Moralwidrigkeit unumgängliches Erfordernis unseres Begriffes ist. Die Rechtsprechung ist sich dieser Vorfrage oft nicht bewußt geworden und hat sich deshalb sehr unklar und widersprechend geäußert, wenn sie einmal dieses Moment in Betracht zog.

Vor allem ist klar, daß das Bewußtsein der Moralwidrigkeit keineswegs sich notwendig deckt mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Es kann eine Handlung rechtlich erlaubt und doch moralwidrig, andererseits auch bewußt rechtswidrig, aber moralisch erlaubt sein; allerdings muß zugegeben werden, daß man in der Regel nicht fehlgehen wird, wenn man aus dem festgestellten Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auf das Vorliegen auch des Bewußtseins der Moralwidrigkeit schließt. Allein begrifflich sind diese beiden Erfordernisse für besondere Fälle wohl zu unterscheiden. Es kann hier im allgemeinen verwiesen werden auf das, was oben in § 7 über das Verhältnis von Gesetzverboten zu unserem Begriff ausgeführt wurde. Wenn der § 826 BGB. die Rechtswidrigkeit der zu prüfenden Handlung ausdrücklich voraussetzt, so kann nach dem Ausgeführten hieraus für die hier aufgeworfene begriffliche Frage nichts gewonnen werden. Diese ist vielmehr nur an der Hand allgemeiner Erwägungen und Rechtsgrundsätze zu lösen.

Man wird sagen müssen, daß das Bewußtsein der Moralwidrigkeit kein notwendiger Teil dieses — wie wir gesehen haben —, objektiven Begriffes ist; denn sonst würde sich der objektive oder zum mindesten mit subjektiven Momenten untermischte Begriff in einen der Hauptsache nach subjektiv gefärbten Begriff umwandeln, was — wie oben ausgeführt — weder der ratio legis, noch dem Gesetzeswortlaut, noch der Entstehungsgeschichte unseres Begriffes entsprechen würde. Aber noch weiter. Das geltende Recht hebt zwar das Erfordernis des Bewußtseins

der Rechtswidrigkeit jeweils hervor, deutet aber mit keinem Wort irgendwo auch auf das Erfordernis des Bewußtseins der Moralwidrigkeit hin. Eine Handlung, ein Rechtsgeschäft kann deshalb moralwidrig sein, selbst wenn der Täter in der lobenswertesten Gesinnung handelt. Nur in einer Richtung wird das Bewußtsein der Moralwidrigkeit von Bedeutung, nämlich bei den unten gesondert zu besprechenden Fällen, in denen die objektiven Momente (Mittel, Zweck eines Rechtsgeschäftes usw.) oft erst im Zusammenhalt mit der subjektiven Gesinnung des Handelnden die Handlung oder das Rechtsgeschäft in die richtige Beleuchtung rücken, wo also das subjektive Moment als Teil des zu prüfenden Sachverhaltes von Bedeutung werden kann.

Es ergibt sich hieraus, daß man weder den Satz aufstellen kann, daß in jedem Falle das Bewußtsein der Moralwidrigkeit zu der objektiven Moralwidrigkeit hinzukommen muß[58]), noch auch, daß das Bewußtsein der Moralwidrigkeit überhaupt ohne Bedeutung sei.

Auch die Rechtsprechung scheint praktisch im allgemeinen von demselben Standpunkt auszugehen. Es wird insbesondere vom Reichsgericht des öfteren für Einzelfälle nachdrücklichst der Standpunkt vertreten, daß auch nur vermeintliche Wahrung eigener Interessen die Moralwidrigkeit einer Handlung ausschließen kann[59]), aber andererseits auch betont, daß laxe Sittenanschauungen keine Entschuldigung für den Handelnden begründen[60]).

---

[58]) Das RG. in Bd. 51 S. 382 hat Unrecht, wenn es ganz allgemein folgenden Satz aufstellen zu können meint: „Ein Verstoß gegen die guten Sitten setzt notwendig das Bewußtsein der Zuwiderhandlung voraus“. Ähnlich kann auch RG. Bd. 64 S. 61 aufgefaßt werden. Ein Vertrag auf Eingehung einer wilden Ehe ist moralwidrig, auch wenn die Kontrahenten aus den sublimsten und edelsten Gesinnungen heraus handeln und Ideale damit zu fördern meinen. So sehr richtig OLG. Hamburg in ROLG. Bd. 15 S. 311. Übrigens hat das Reichsgericht, wenn es je den vorgenannten Satz in dieser Allgemeinheit hat aufstellen wollen, seinen Standpunkt nicht konsequent aufrecht erhalten, wie die nächste Anm. beweist.

[59]) So z. B. RG. Bd. 64 S. 61, Bd. 66 S. 385 oben; RG. in JW. 1905 S. 370 Nr. 9; RG. in JW. 1908 S. 39; SeuffArch. Bd. 59 S. 81.

[60]) RG. in SeuffArch. Bd. 60 S. 233, Bd. 55 S. 372, OLG. Bamberg in Bl. f. RA. Bd. 71 S. 134.

Auch die Frage spielt hier herein, ob es im geltenden Recht so etwas wie einen moralischen Notstand gibt; die Frage wird von der gemeinen Meinung [61]) mit durchschlagender Begründung verneint.

In der Literatur ist zu dem Problem des Bewußtseins der Moralwidrigkeit noch nicht näher Stellung genommen worden. Es wird in der Besprechung der Kasuistik bei den Fällen, wo nach dem Voraufgeführten das Vorliegen des Bewußtseins der Moralwidrigkeit von Bedeutung werden kann, besonders darauf hingewiesen werden.

Besonderer Teil.

Gruppierung und Kritik der einschlägigen Rechtsprechung.

§ 10.

Übersicht. Absolute — relative Unmoral.

In der Literatur ist bisher nur selten versucht worden, den Inhalt unseres Begriffes durch systematische Aufzählung seiner Hauptanwendungsfälle näher zu erläutern. In der weitaus überwiegenden Anzahl der Lehrbücher und Kommentare sind nur einzelne besonders häufig vorkommende Fälle nebeneinander gestellt [62]).

Die eingehende Betrachtung der in der Rechtsprechung erörterten Anwendungsfälle führt zunächst einmal dazu, im Gegensatz zu allen bisherigen Einteilungen zwei große Gruppen moralwidriger Akte von vornherein zu trennen, nämlich diejenigen, welche

1. „absolut", d. h. unter allen Umständen, ohne daß ein Eingehen auf besondere, insbesondere subjektive Verhältnisse des Falles notwendig wäre, als moralwidrig angesprochen werden müssen und ferner solche, welche

[61]) Vgl. Lotmar a.a.O. S. 56, Staudinger, Komm. Anm. 4 zu § 138 BGB.

[62]) Hervorzuheben sind die systematischen Einteilungen folgender Schriftsteller: Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. 2 § 14 Anm. 4—6; Steinbach in DJZ 1899 S. 47 ff.; Lotmar a.a.O. S. 68 ff.; Enneccerus a.a.O. Bd. 1 S. 441 ff.; schließlich Oertmann, Komm. zu § 138 S. 426 ff.

2. nur durch die besonderen Umstände des Falles als moralwidrig sich darstellen; es sei für sie der Ausdruck gewählt „relativ moralwidrige" Akte.

§ 817 Abs. 1 S. 1 BGB. ergibt im Zusammenhalt mit Satz 2 ebenda ganz deutlich [63]), daß ein Verstoß gegen die guten Sitten sogar nur einer Vertragspartei zur Last fallen kann und daß alsdann nur diese der Rechtsnachteil trifft; ebenso ist dies in Fällen des § 826 BGB. möglich [64]). Wie viel mehr muß es also begrifflich möglich sein, ein ganzes Rechtsgeschäft je nach der Lage des Falles einmal als unmoralisch, ein andermal als moralisch zu erachten.

Auch das Reichsgericht hat ein richtiges Gefühl für die obige Unterscheidung. Es spricht einmal [65]) davon, daß es Fälle gibt, die unter allen Umständen moralwidrig sind, bei denen deshalb auf besondere Umstände des Falles bei der Prüfung auf Moralwidrigkeit gar nicht eingegangen werden darf, daß es andererseits Fälle gibt, bei denen erst die besonderen konkreten Begleitumstände die Moralwidrigkeit jeweils begründen oder beseitigen können [66]). Diese Unterscheidung ist so treffend und brauchbar, daß man darin — wie schon erwähnt — geradezu die beiden Haupttypen unseres Begriffes erblicken kann; sie wird deshalb im Folgenden in diesem Sinne verwendet werden.

§ 11.

Absolute Moralwidrigkeit.

Die hierunter zu zählenden Fälle machen verhältnismäßig die wenigsten Schwierigkeiten; sie springen durchweg in die Augen. Hier sind wiederum zwei Unterarten festzustellen:

I. die direkt „unsittlichen",

II. die nur „anrüchigen" Rechtsgeschäfte und Handlungen.

Von vornherein ist festzustellen, daß alles, was für die Be-

[63]) Vgl. RG. in JW. 1904 S. 404, in DJZ. 1904 S. 1089.

[64]) Wie das RG. in JW. 1904 S. 538 mit Nachdruck betont.

[65]) In Bd. 66 S. 152.

[66]) Zu dem letzteren Typus vgl. im allgemeinen die Entsch. im Bd. 53 S. 156 und Bd. 48 S. 129, die auch in Bd. 66 S. 152 wieder angezogen werden.

gehung im Folgenden gesagt wird, in gleicher Weise auch für die Vermittlung, (mittelbare) Ausnützung, Anstiftung, Begünstigung der moralwidrigen Handlungen und Verträge zutrifft, solange nicht etwas Gegenteiliges ausdrücklich bemerkt ist.

I.
Unsittlichkeit.

Es ist oben schon erwähnt, daß der Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten weiter ist als derjenige eines Verstoßes gegen die Sittlichkeit oder m. a. W. als der Begriff der „Unsittlichkeit"[67]). Die unter den letzteren Begriff zu zählenden Fälle sind deshalb ausnahmslos unter unseren Begriff einzureihen. Unter „Unsittlichkeit" im Sinne des BGB. versteht man Verstöße gegen den Teil der Moral, der das geschlechtliche Leben betrifft, also sexuelle Unsittlichkeit. Es ist in der Literatur leider mehr und mehr üblich geworden, den Begriff „Unsittlichkeit" geradezu ins Uferlose auszudehnen und Fälle darunter zu bringen, bei denen man sich verwundert fragt: Was haben denn diese mit der „Sittlichkeit" zu tun? Auch das Volksbewußtsein versteht unter Unsittlichkeit nur die sexuelle Unsittlichkeit und gebraucht den Begriff als gleichbedeutend etwa mit dem Begriff „unzüchtig"[68]).

Bei den hierher zu zählenden Fällen kommt es auf die subjektiven Begleitumstände des einzelnen Falles nicht an[69]); allein entscheidend ist vielmehr das Objekt der Handlungsweise, sei es,

[67]) Vgl. auch Rehbein, Komm. z. BGB., zu § 138 S. 182; OLG. Dresden im Recht 1906 S. 1195 Nr. 2839; Protokolle Bd. 1 S. 123 ff. Vgl. auch oben § 5.

[68]) Vgl. auch RStGB. §§ 171—184, ferner BGB. §§ 1568, 1666, 2333 Z. 5 „unsittlicher Lebenswandel". Vgl. z. B. auch § 71 Nr. 3 HGB. wo das Wort „unsittlich" in dem Zusammenhang „unsittliche Zumutungen" steht. Ist es nicht gradezu lächerlich, dem Begriff „Unsittlichkeit" im Strafrecht einen andern Inhalt beizulegen als im Zivilrecht, zumal die obigen Gesetzesstellen zeigen, daß auch im Zivilrecht das Wort „unsittlich" des öfteren offensichtlich als gleichbedeutend mit „sexuell unsittlich" gebraucht ist?

[69]) Ravit a.a.O. S. 65; Staudinger Anm. 5 zu § 138; RG. in SeuffArch. Bd. 49 Nr. 238 (Bürgschaft für ein Bordelldarlehen); RG. in JW. 1906 S. 331 f.; SeuffArch. Bd. 61 S. 436 (Motiv allein bewirkt nicht Moralwidrigkeit, Bordelldarlehen).

daß es direkt oder daß es nur mittelbar als solches erscheint. Es ist deshalb durchweg gleichgültig, ob die Handelnden das Bewußtsein der Moralwidrigkeit ihres Handelns besitzen. Das Fehlen dieses Bewußtseins ist bedeutungslos.

Hierher gehören etwa folgende Fälle. Zunächst vor allem die Rechtsgeschäfte und Handlungen, welche eine Verletzung der Geschlechtsehre bezwecken oder in sich schließen[70]). Ein typischer Fall ist der Verkauf eines Bordellgeschäftes mit seinen Nebenbestandteilen (Mobiliar, Grundstück), die mittelbare Unterstützung und Ausnutzung eines solchen Geschäftes durch Vermieten oder Erbauen usw. eines geeigneten Lokals, durch Gewährung eines Darlehens zum Betrieb eines Bordellgeschäftes usw.[71]); des weiteren ein Vertrag oder eine Handlung, die direkt oder mittel-

[70]) OLG. Hamburg in Neumanns Jahrbuch 1907 S. 46 lit. g, γ; in Fällen der hier zu besprechenden Art ist wohl darauf zu achten, daß dieser Zweck auch wirklich, sei es allein, sei es unter anderem, sei es direkt oder verschleiert Zweck und Gegenstand des abgeschlossenen Vertrags geworden ist. (Bloße Kenntnis von einer diesbezüglichen Absicht des Gegenkontrahenten genügt nicht); OLG. Hamburg in ROLG. Bd. 12 S. 19 und OLG. Bamberg ebenda S. 18. Hölder in DJZ. 1908 S. 50; RG. Bd. 68 S. 98.

[71]) Aus neuester Zeit vgl. RG. im Recht 1907 S. 636 Nr. 1311 (Schadensersatzpflicht des Bordellinhabers gemäß § 826 BGB.); OLG. Frankfurt im Recht 1907 S. 243 Nr. 407 (Bordellgrundstücksverkauf); OLG. Dresden im Recht 1906 S. 47 Nr. 7 (Bordelldarlehen): „Auch mittelbare Ausnutzung der Gewerbsunzucht ist unter allen Umständen unsittlich"; RG. in JW. 1906 S. 331 (Bordelldarlehen); RG. in JW. 1906 S. 227 und 454, 383 und Bd. 68 S. 98 f. (Bordellverkauf samt Mobiliar und Grundstück); RG. im Recht 1906 S. 1074 Nr. 2476 (Kauf- und Mietverträge über Bordellmobiliar); RG. Bd. 63 S. 182 und 351 (Verkauf von Bordellmobiliar) und S. 370 ff. (Bordellbauvertrag); OLG. Bamberg in ROLG. Bd. 12 S. 18 (Bordellbetrieb und Ausnutzung desselben durch Dritte); OLG. Hamburg ebenda S. 19 (Bordelldarlehen); OLG. Dresden im Recht 1906 S. 47 und RG. in JW. 1903 Beil. S. 41 (Bordellieferung); SeuffArch. Bd. 55 S. 148 (Provision für die Vermittlung eines Bordellgeschäftes); OLG. Jena in ROLG. Bd. 13 S. 320 (übernahme der Freudenmädchen). Aus allen diesen Entscheidungen ergibt sich als Grundsatz, daß aus den objektiven Tatumständen zu ersehen sein muß, daß auch bei selbständigen Mobiliarkaufverträgen usw. mittelbar die Förderung des Bordellbetriebs Vertragsinhalt gewesen sein muß, wenn man die §§ 138, 826 BGB. anwenden will.

bar auf geschlechtliche Preisgabe oder Duldung einer unsittlichen Berührung usw. gehen, z. B. auf Prostitution, Päderastie, widernatürliche Unzucht mit Menschen oder Tieren, Zuhälterei; Vermieten eines Zimmers an eine Person zwecks Ermöglichung der Unzucht, Kuppelei, Verführung durch Versprechung eines Geschenks für die Preisgabe, Verzicht auf eheliche Treue, Verträge auf Eingehung einer wilden Ehe[72]). Des ferneren gehört hierher die Erregung des Geschlechtstriebs durch Verkauf unsittlicher Photographien, Postkarten, Bücher[73]), durch unzüchtige Vorführungen, Annoncen, Vorträge; Verträge auf Mitwirkung bei einer derartigen Schaustellung, sei es als Gegenstand der Abbildung, sei es als Darsteller („goldene Venus“) bezw. Vortragender. Die Beispiele ließen sich leicht vermehren; es wird im Einzelfalle nicht allzuschwer fallen, diese Kategorie der unsittlichen Rechtsgeschäfte und Handlungen aus den einzelnen Fällen heraus zu erkennen[74]).

§ 12.
II.
Anrüchigkeit.

Der Begriff der „Anrüchigkeit“ ist bisher in der Rechtsprechung als Begriff nicht verwendet worden. Indes mußte für die im Folgenden zu besprechenden Fälle ein Oberbegriff gefunden werden, der ausdrückt, daß sie moralisch verwerflich, schlecht sind, ohne aber direkt „unsittlich“ in dem vorbesprochenen Sinne zu sein. Das Wort „anrüchig“ hat in vielen derartigen Fällen die Rechtsprechung selbst angewendet; es möge deshalb

[72]) ROLG. Bd. 15 S. 311 ff.

[73]) Vgl. EG. in JW. 1904 S. 117; Lotmar a.a.O. S. 69.

[74]) Nicht hierher gehört z. B. zweifellos der Fall, daß ein impotenter Mann sich in ärztliche Behandlung begibt; denn hier ist Gegenstand des Vertrages nicht die Befriedigung des Geschlechtstriebes, sondern die Heilung des Mannes von einem krankhaften Zustand; wohl aber gehört der Verkauf von die Sinnenlust momentan aufpeitschenden Reizmitteln hierher. Weiter wird hierher gehören der Verkauf von Mitteln zwecks Verhütung der Empfängnis, obwohl der mit dem Erwerb solcher Mittel verfolgte Zweck oft durchaus billigenswert sein mag.

erlaubt sein, das auch im Leben viel gebrauchte und sehr bezeichnende Wort hier als Oberbegriff zu verwenden[75]).

Ein Hauptbeispiel dieser Kategorie ist der Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB.). Die zur Erläuterung dieser Gesetzesstelle ergangene Rechtsprechung hier anzuführen, erscheint nicht angebracht. Die darunter fallenden Fälle können angesichts der sehr instruktiven Auslegung der einzelnen gesetzlichen Voraussetzungen, welche die bisherige Kasuistik bietet, ohne große Schwierigkeiten festgestellt werden.

Weiter gehören hierher Rechtsgeschäfte, die sich auf Handlungen und Unterlassungen beziehen, welche von Moral wegen nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäftes sein dürfen oder nicht Gegenstand einer vertraglichen Pflicht[76]); insbesondere ist hier auf die schon im gemeinen Recht eine große Rolle spielenden unsittlichen Bedingungen zu verweisen. Weiter gehören hierher die Fälle, bei denen eine vertragliche Leistung in Kausalbeziehung zu ökonomischen Vorteilen gesetzt wurde, während sie von Moral wegen hieran nicht hätte geknüpft werden dürfen[77]).

Das Gemeinsame dieser Fälle und der Grund, warum sie nicht Gegenstand eines solchen Vertrages sein dürfen, liegt darin, daß entweder die Grundlagen der Gesellschaftsordnung oder die in Gesetzen zum Ausdruck kommenden modernen Grundprinzipien der Gewissensfreiheit, Gewerbefreiheit, Koalitionsfreiheit, Wahlfreiheit usw. in unzulässiger Weise angetastet werden. Dieser Kategorie ist in einer Richtung oben schon gedacht worden. Es wurde ausgeführt, daß Verstöße gegen die öffentliche Ordnung — und hierunter fällt die fragliche Kategorie — zwar in der Regel, nicht aber mit begrifflicher Not=

[75]) Die vereinzelt dafür gebrauchten Ausdrücke „unanständig“, „nicht ehrbar“ decken sich teilweise damit nicht und sind viel nichtssagender. Besser wäre schon der in dem Entwurf des hessischen BGB. (1844/53) gebrauchte Ausdruck „schändlich“ und „Schändlichkeit“. (Art. 630, 681 l. c.)

[76]) Diese Kategorie ebenso wie die nachfolgende zählt auch Lotmar a.a.O. S. 71 unten auf.

[77]) Nicht hierunter fallen die Beispiele, bei denen das Recht mangels jeden rechtlichen Interesses seinen Arm nicht leiht, z. B. Verpflichtung zu einem Kuß: Dernburg a.a.O. S. 375 Anm. 10.

wendigkeit moralwidrig sind. Beizufügen ist dem noch, daß die Protokolle Bd. 1 S. 124 den Verstoß gegen die Gewissensfreiheit, die persönliche und Gewerbefreiheit ausdrücklich als unter § 138 I BGB. fallend aufzählen. Eine Schranke ist indes hier zu machen: Die übermäßige Beschränkung dieser Gewissens- usw. Freiheit, die — wie wir sehen werden — in unserm Begriff eine große Rolle spielt, muß hier ausgeschaltet bleiben, da dabei die Umstände des einzelnen Falles, insbesondere die Abwägung der beiderseitigen Interessen ausschlaggebend für die Beurteilung sind. Absolut, d. h. immer moralwidrig ist dagegen die vertragliche Beseitigung derselben. Nur auf die letztere kann deshalb an dieser Stelle eingegangen werden.

Dies vorausgeschickt, gehören folgende Fälle hierher: Vor allem die vertragliche Verfügung über den eigenen Körper in gewissen Beziehungen und die Verfügung über einen anderen Menschen unter Beseitigung der ihm vom Gesetz gewährten persönlichen Freiheit und Selbstbestimmung. Zwar ist nicht jede vertragliche Verfügung über den eigenen Körper moralwidrig[78]); vom Standpunkt der Moral und des Rechtes ist nichts dagegen zu erinnern, wenn eine Frau ihr langes Haar dem Friseur verkauft; wenn dem Arzt Fremdkörper, die in dem menschlichen Körper sich vorfanden, als Entgelt für die Operation versprochen werden; wenn ein Modell die Reize seines Leibes gegen Entgelt dem Blicke des lernenden Künstlers freigibt[79]); wenn jemand testamentarisch seinen Leichnam der Anatomie vermacht usw. Wohl aber ist es z. B. moralwidrig, wenn eine Frauensperson sich vor fremden Gaffern entkleidet; wenn jemand sich verpflichtet, sich von einem andern eine Ohrfeige geben zu lassen[80]);

[78]) Vgl. bei Staudinger die in Anm. 2 zu § 90 angegebene Kasuistik.

[79]) Rehbein a.a.O. S. 182 scheint auch diese Fälle als moralwidrig anzusehen, wenn er sagt: es widerspricht der guten Sitte, den Menschen als Rechtsobjekt zum Gegenstand eines Vertrages zu machen. Wie hier B. Hilse in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 597; Josef im Recht 1905 S. 220.

[80]) Diese Beispiele berühren sich übrigens mit den Fällen, bei denen das Recht mangels Vorliegen eines rechtlichen Interesses überhaupt seinen Arm versagt; das kommt daher, daß der menschliche Körper im allgemeinen nicht als Vermögensgegenstand und deshalb als Rechtsobjekt angesehen wird.

oder ich vermache gegen Entgelt meinen Leichnam einem Museum oder einem Arzt usw.[81]); oder jemand vereinbart mit seiner Geliebten gemeinsamen Selbstmord[82]). Weiter verstößt gegen die guten Sitten ein Vertrag, der den einen Vertragsteil ausdrücklich oder verschleiert vollständig in die Macht des andern gibt. Z. B. ein Erwachsener begibt sich unter die „Vormundschaft" eines anderen; oder er verpflichtet sich auf Lebenszeit, nichts für sich, sondern alles für den anderen zu erwerben[83]); oder es verpflichtet sich ein Arbeiter, niemals in seinem Fach sich selbständig zu etablieren oder niemals einen bestimmten Berufszweig zu ergreifen[84]); oder ein ärztlicher Standesverein verpflichtet einen Arzt, nur mit seiner Genehmigung sich irgendwo niederzulassen[85]); oder ich verpflichte mich vor Eingehung der Ehe, einen bestimmten ehelichen Wohnsitz zu nehmen, nicht zu nehmen, zu ändern[86]); oder ich unterzeichne eine Konkurrenzklausel, die mich auf Lebenszeit bindet; oder für den einen Vertragskontrahenten wird jede Kündigungsmöglichkeit ausgeschlossen; oder ich verpflichte mich, nie zu heiraten[87]) usw.

Mit der aus dem Text ersichtlichen Einschränkung ist deshalb der voraufgeführten Ansicht Rehbeins beizutreten.

[81]) Staudinger, Komm. zu § 138 BGB.

[82]) RG. Bd. 12 Nr. 288.

[83]) PrOHG. Bd. 18 S. 101; KG. in ROLG. Bd. 15 S. 313 (ein Mäcen verpflichtet den Künstler auf viele Jahre hinaus, nur für ihn zu erwerben; moralwidrig). Auch hier sind aber die Ausnahmen wohl zu beachten, die das Gesetz macht, insbesondere im Vormundschaftsrecht, Eherecht und ehelichen Güterrecht.

[84]) Vgl. Rehbein a.a.O. S. 182 (Uhrmacher); RG. Bd. 31 S. 99.

[85]) RG. in JW. 1908 S. 324 Nr. 5.

[86]) RG. Bd. 23 S. 172; der absolute Charakter der Moralwidrigkeit ist hier nicht unbedenklich.

[87]) Lotmar a.a.O. S. 72; Endemann Bd. 1 § 103a Z. 5; allerdings kann es Fälle geben, wo es moralischer ist, nie zu heiraten als eine Ehe einzugehen, z. B. bei unheilbarer ansteckender Krankheit. Das Moralwidrige liegt aber bei Fällen unserer Art in der unabänderlichen vertraglichen Bindung und diese ist selbst in Fällen dieser Art als moralwidrig zu erachten. Gegen Staudinger Anm. 6 zu § 138. Etwas anderes ist es, wenn Verlobte verabreden, den Kindersegen in der Ehe zu beschränken. Diese Abrede erklärt das Reichsgericht je nach den Umständen für moralwidrig: RG. in JW. 1908 S. 28f.

Noch viel mehr als diese Verträge ist natürlich moralwidrig ein gleichartiger Vertrag, der einen Dritten diesen Beschränkungen unterwirft, z. B. jemand verkauft seinen Sohn als Sklaven oder schließt für ihn einen lebenslänglichen Dienstvertrag der verpönten Art.

Neben diesen auf Beseitigung der persönlichen und Gewerbefreiheit abzielenden Verträgen gehören hierher Verstöße gegen die Gewissensfreiheit, z. B. ich verpflichte mich, meine Religion zu ändern, nicht zu ändern, in eine bestimmte Religion überzutreten[88]), in keine Kirche zu gehen, meine Kinder unabänderlich in einer bestimmten Religion zu belassen. Es gehören weiter hierher Verstöße gegen die sittlichen Grundlagen der Ehe[89]), z. B. Vielweiberei, Erlaß der ehelichen Treue[90]); Verpflichtung zu grob ehewidrigem Verhalten[91]); Verlöbnis mit einem Ehegatten vor dessen Scheidung[92]); Verzicht auf die Rechte des Mannes aus § 1354 BGB.; Verpflichtung zur Nichtänderung des Witwenstandes, zum Zölibat; Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten im Scheidungsprozeß: etwa zum Nichtleugnen unzutreffender Scheidungstatsachen, Zeugnisverweigerung zwecks Erweckung des (unrichtigen) Glaubens der Richter an einen Ehebruch, Erkaufen der Scheidungseinwilligung bezw. des Verzichts auf Rechtsmittel gegen ein sachlich nicht gerechtfertigtes Ehescheidungsurteil u. a. m.[93]); Abstandnahme von der Ehescheidungsklage trotz offensichtlicher Fortdauer des Scheidungsgrundes (Ehebruch)[94]).

---

[88]) Vgl. für PrALR.: RG. Bd. 21 S. 282 f.

[89]) Praktisch geworden bei der Heirat einer Geschwängerten gegen Geld: unten Anm. 144 („Entwürdigung der Ehe"); ferner bei Eheschließung als Mittel zum Gelderwerb: RG. Bd. 46 S. 179; Einheiraten in eine Praxis. OLG. Karlsruhe in ROLG. Bd. 11 S. 279.

[90]) SeuffArch. Bd. 18 S. 126; Bd. 24 S. 245.

[91]) Z. B. dauerndem Getrenntleben RG. Bd. 61 S. 51 ff.

[92]) SeuffArch. Bd. 48 Nr. 37.

[93]) Bestechung von Zeugen im Prozeß; Belohnung derselben für ein bestimmtes Verhalten. SeuffArch. Bd. 44 Nr. 106. Für Erkaufen der Scheidungseinwilligung vgl. RG. vom 14. November 1907 bei Soergel 1907 S. 53.

[94]) OLG. Kiel in Neumanns Jahrb. 1907 S. 46 lit. g. δ. Die Entscheidung ist bedenklich.

Des weiteren gehören hierher Verstöße gegen die Grundlagen des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern, z. B. Verpflichtung, ein Kind in Adoption zu geben; Abtretung der elterlichen Erziehungsrechte an fremde Personen[95]); Verträge, die einem Dritten, z. B. den Adoptiveltern, das Recht einräumen, die Religion des Kindes zu bestimmen; Verpflichtung der unehelichen Mutter zur falschen Aussage über die Vaterschaft[96]); Erkaufen der elterlichen Heiratseinwilligung[97]).

Weiterhin sind zu nennen Verstöße gegen die Koalitionsfreiheit: z. B. ich übernehme die Verpflichtung, dem alle meine Berufsgenossen umfassenden Fachverband nicht beizutreten[98]), oder mich am Orte meines Aufenthaltes in keinem Verein zur Aufnahme zu melden. Gegen die Wahlfreiheit: z. B. ich verpflichte mich, mich der Wahlberechtigung bei einer bestimmten Wahl zu enthalten, eine eventuelle Wahl nicht anzunehmen; oder eine bestimmte Person zu wählen, nicht zu wählen, einer Abstimmung trotz meines Stimmrechtes fernzubleiben oder in bestimmter Richtung zu stimmen[99]). Ein Verstoß gegen die Prinzipien der Arbeiter- und Arbeiterschutzgesetzgebung in absolut moralwidriger Weise dürfte zu den Seltenheiten zählen und ist angesichts des § 619 BGB. bisher wohl noch nicht praktisch geworden; allein denkbar wäre ein solcher Verstoß immerhin, z. B. ein Arbeitgeber vereinbart, um die Beitragsleistungen zu ersparen, mit seinen versicherungspflichtigen Arbeitern, daß diese nicht angemeldet werden und im Bedürftigkeitsfall die Kasse nicht angehen.

---

[95]) SeuffArch. Bd. 38 S. 36; vgl. Lotmar a.a.O. S. 179 Anm. 217 und RG. in JW. 1904 S. 257 (gegen Geld).

[96]) SeuffArch. Bd. 20 Nr. 114; nicht absolut: bloßes Verschweigen. OLG. München in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 185 f., s. unten Anm. 145.

[97]) OLG. Augsburg im Recht 1907 S. 967 Nr. 2250.

[98]) Vgl. Riezler im ArchBürgR. Bd. 27 S. 248 ff.; Hilse im Recht 1903 S. 480.

[99]) RG. Bd. 57 S. 205 ff. (für Aktionäre); Wahlbestechung durch unentgeltliche Abgabe von Speise und Trank: OLG. Darmstadt in DJZ. Bd. 8 S. 252 Recht, Bd. 6 S. 371. Stimmkauf zwecks Zwangsvergleichserwirkung: SeuffArch. Bd. 5 Nr. 118.

Schließlich enthalten auch die bürgerlichen Gesetze gar manche Prinzipien, die einem Verstoß gegen die guten Sitten in der besprochenen absoluten Art zugänglich sind. So insbesondere lassen sich aus dem Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und den für die handelsrechtlichen Gesellschaftsformen gegebenen gesetzlichen Bestimmungen zahlreiche Grundprinzipien herleiten, deren Verletzung als moralwidrig zu erachten ist. Praktisch wurde dies an dem Prinzip der Gleichberechtigung aller Aktionäre[100]) und der Zwangsvergleichs-Akkordanten[101]). Beispiele ähnlicher Art sind an sich unschwer zu finden, müssen aber genauestens darauf nachgeprüft werden, ob nicht das Gesetz selbst im Einzelfall einen besonderen sittlichen Standpunkt einnimmt[102]) und ob es nicht anderweitige mit unserem Begriff unvereinbare Rechtsfolgen dafür normiert.

§ 13.

Fortsetzung.

Nur wenige Anwendungsfälle unserer Kategorie bleiben nunmehr noch zu erörtern. Es kommen nämlich noch in Betracht einmal der Gebrauch von Mitteln, die unter allen Umständen von Moral wegen nicht gebraucht werden dürfen, z. B. Verleumdung, Hinterlist, arglistige Täuschung usw. Vgl. insbesondere oben Anm. 14. Zu dieser Kategorie ist nichts Besonderes zu bemerken. Die hierher gehörigen Beispiele sind offenkundig. Auch im Zweck kann im Einzelfall absolute Unmoral liegen.

Sodann aber ist noch einzugehen vor allem auf die Handlungen bezw. Unterlassungen, die sich mittelbar auf eine strafbare Handlung eines Dritten beziehen. Ganz allgemein gehören

[100]) RG. Bd. 52 S. 292.

[101]) Geheime Nebenabrede eines Akkordanten mit dem Kridar zwecks einseitiger Vollbefriedigung nicht unmoralisch: SeuffArch. Bd. 10 S. 31; a. M. OLG. Braunschweig im Recht 1906 S. 1131. Vgl. weiter RG. Bd. 6 S. 227 ff.; ROLG. Bd. 12 S. 164 ff.; Gruchot Bd. 31 S. 1131; RG. Bd. 60 S. 227 ff. nimmt ebenfalls keine Moralwidrigkeit an.

[102]) Z. B. bezüglich der Grundlagen der Ehe in §§ 1297 ff. für das Verlöbnis; § 1565 (Ehescheidungsgrund des Ehebruchs) usw.

hierher die Verträge, die dazu bestimmt sind, einem Kontrahenten die Freiheit zur künftigen Begehung einer solchen Handlung zu sichern, z. B. Verzicht auf Rechte aus künftigen Delikten: pactum de non praestando[103]). Ferner ist moralwidrig die Anstiftung zu einer strafbaren Handlung, selbst wenn diese etwa nicht moralwidrig wäre[104]). Dieser Satz ist in der bisherigen Kasuistik höchstens in der unten zu besprechenden Verbindung mit pekuniären Vorteilen zur Anwendung gekommen. Indes wird kaum zu leugnen sein, daß es schon gegen die guten Sitten verstößt, wenn ich einen andern durch Überredung, Vortäuschung lohnender Beute, unter Benutzung einer autoritativen Stellung oder dem Versprechen einer Belohnung zu einer strafbaren Handlung anstifte und damit in die Hände des Gerichtes treibe[105]). Hierher gehört weiter die bewußte Anstiftung zu einer moralwidrigen Handlung, z. B. des Publizisten zu falscher Berichterstattung[106]). Bedenklicher allerdings ist es, die Anstiftung zu einer nur zivilrechtlich verbotenen Handlungsweise ganz allgemein als moralwidrig zu bezeichnen. Diese letztere hat aus der Kategorie der absolut moralwidrigen Akte deshalb auszuscheiden, weil es hier auf die Nebenumstände entscheidend ankommt.

Was von der Anstiftung gesagt wurde, gilt nicht auch ohne weiteres von der mittelbaren Förderung einer Straftat. Sobald der Förderer sich dadurch zum Mittäter macht, wird unter Umständen der obige Gesichtspunkt ausscheiden; denn es ist keineswegs absolut moralwidrig, eine strafbare Handlung als Mittäter zu begehen, so wenig es moralwidrig unter allen Umständen ist — darüber wurde oben schon gesprochen — eine strafbare Hand-

[103]) Vgl. z. B. RG. in JW. 1907 S. 704: „. . . sondern es ist auch unter dem Gesichtspunkt, daß der Vertrag geradezu eine Begünstigung oder Verletzung der Schongesetze enthalten würde, unsittlich."

[104]) Vgl. z. B. den unten in Anm. 108 besprochenen Fall, wo von einer Moralwidrigkeit der Haupttat (Schmuggel) sicherlich keine Rede sein kann.

[105]) Bestechung. Vgl. Lotmar a.a.O. S. 68 unten; siehe auch die folgende Anmerkung.

[106]) Lotmar a.a.O. S. 71; Dernburg Bd. 1 S. 374, Bd. 3 S. 2; man denke an den Fall Groeber im Reichstag, anläßlich dessen zu falscher Berichterstattung direkt aufgefordert wurde.

lung überhaupt, also z. B. als alleiniger Täter auszuführen [107]). Anders bei der Begünstigung, Hehlerei usw. Es muß als unter allen Umständen moralwidrig bezeichnet werden, einem Dritten die Ausführung der Straftat — etwa durch Verschweigen seiner rechtzeitig entdeckten Vorbereitungen — oder z. B. als Hehler die Ausnutzung der gemachten Beute bewußt zu sichern, ihm die Mittel zur Begehung zu liefern [108]) oder ihn dem Arm des Gesetzes durch irgendwelche Mittel zu entziehen oder ihn z. B. durch Bezahlung der verwirkten Geldstrafe oder Ersatz des erwachsenden Schadens [109]) schadlos zu halten oder zu belohnen oder aus der Diebesbeute sich selbst zu bereichern bezw. bereichern zu lassen, z. B. mit gestohlenem Geld gekaufte Aktien in Kenntnis dieser Umstände anzunehmen [110]) oder endlich — insbesondere gegen Geld — sich zu verpflichten, keine Strafanzeige zu erstatten [111]). Ja es verstößt schon gegen die guten Sitten, wenn man z. B. eine Belohnung dafür annimmt, daß man eine solche Handlung nicht begeht; hierüber unten weiteres.

All das widerstreitet nicht nur dem öffentlichen Interesse, das deshalb diese Handlungsweise mit Strafe bedroht und belegt, sondern es verstößt auch gleichzeitig gegen die guten Sitten. Auch

---

[107]) Aus der Praxis kann nur eine einzige Entscheidung herangezogen werden. Diese deckt sich mit der im Text vertretenen Meinung. Untreue ist sicherlich unmoralisch. Dementsprechend erklärt auch das RG. in JW. 1904 S. 482 Nr. 3: „Die Mitwirkung bei einer Untreue verstößt gegen die guten Sitten". Unter „Mitwirkung" ist hier offensichtlich — wenn man den strafrechtlichen Ausdruck herübernehmen darf — „Mittäterschaft" zu verstehen.

[108]) Vgl. RG. Bd. 56 S. 181 unten (Lieferung von Ware an den Schmuggler).

[109]) Vgl. Rehbein a.a.O.

[110]) RG. Bd. 48 S. 296; oder gestohlenes Geld in Zahlung nehmen: RG. in JW. 1905 S. 391 Nr. 9.

[111]) Das RG. JW. 1904 S. 404 scheint Moralwidrigkeit nur dann annehmen zu wollen, wenn die Unterlassung durch Geld erkauft wird. Man wird Moralwidrigkeit auch dann annehmen müssen, wenn letzteres nicht der Fall ist; und zwar deshalb, weil die Zulassung einer vertraglichen Bindung zur Unterlassung einer Strafanzeige nicht nur der öffentlichen Ordnung sondern auch der Moral widerstreitet. Die Frage ist in der Literatur bestritten vgl. unten die Nachweise in Anm. 142 ff.

bei den im Vorstehenden besprochenen Fällen ist bisher in der Rechtsprechung fast nur die Verknüpfung der erwähnten Handlungen mit Geldvorteilen praktisch geworden [112]).

Was hier von strafbaren Handlungen gesagt wurde, gilt übrigens in gleicher Weise für die Anstiftung, Begünstigung, Förderung und Ausnützung gesetzwidriger und moralwidriger Akte im allgemeinen [113]).

Beispiele aus der Praxis: Abschneiden von Einreden zwecks Erlangung eines vom Gesetz mißbilligten Vermögensvorteils (RG. Bd. 51 S. 360); Erwerb eines Grundstücks zu dem Zweck, die dem Veräußerer einem Dritten gegenüber obliegende obligatorische Übertragungspflicht zu vereiteln (RG. Bd. 62 S. 137); Verfälschung einer Ware und Täuschung der Abnehmer (OLG. Braunschweig in ROLG. Bd. 12 S. 16).

Es fragt sich, ob man von diesen Grundsätzen nicht wenigstens dann eine Ausnahme machen muß, wenn der Anstifter bezw. Förderer selbst ein moralisch achtbares Interesse daran hat, daß die Haupttat gut verläuft. Es ist z. B. sein Sohn der Haupttäter und er begünstigt dessen Entweichung; er verbirgt die Diebesbeute, weil der Täter, mit dem er nahe verwandt ist, Haussuchung zu gewärtigen hat und durch deren Besitz sich selbst verraten würde. Diese besonderen Tatbestandsmomente machen für die Anwendung unseres Begriffes indes keinen Unterschied; die Anstiftung oder die Beihilfehandlung wird dadurch nicht weniger moralwidrig, daß sie nicht allein des Gewinnes wegen vorgenommen wird, sondern auch um verwandtschaftlicher Rücksichten willen [114]).

---

[112]) Auch Rehbein a.a.O. S. 180 ff., der über diese Fälle am ausführlichsten handelt, betont fast ausschließlich, daß das Unsittliche solcher Handlungen in ihrer Knüpfung an pekuniäre Vorteile liegt. über diese Verknüpfung wird unten bei Besprechung relativ moralwidriger Fälle zu handeln sein. Wie hier Windscheid, Pandekten II, § 314 Anm. 4.

[113]) Vgl. oben §§ 3 u. 4.

[114]) Das RG. Bd. 33 S. 337, RG. in JW. 1904 S. 404 und OLG. Braunschweig im Recht 1905 S. 133 stehen auf einem gegenteiligen Rechtsstandpunkt hinsichtlich des Abkaufens der Strafanzeige bezw. des Strafantrags. Wie im Text: Dernburg Bd. 1 S. 374 Z. 3. Der im Text vertretenen Meinung steht nicht entgegen die

Absolut moralwidrig ist endlich in der Rechtsprechung noch erfunden worden der Verkauf einer ärztlichen Praxis, weil hier in Wahrheit das Vertrauen pekuniär verwertet wird, das sich der bisherige Arzt erworben hat und weil ferner in die Ausübung der Praxis durch den neuen Arzt die Möglichkeit einer ausgleichenden Überforderung der Patienten hineingetragen wird[115]) — für Zahnärzte wird die Frage, ob für sie das gleiche gilt, in Bd. 66 S. 143 noch offen gelassen. Hier liegt also — ebenso wie bei den Fällen der „Unsittlichkeit" — das Moralwidrige im *Objekt* des Rechtsgeschäftes. *Es ist etwas Gegenstand eines Rechtsgeschäftes, was dies nicht sein darf.* Und zudem wird das Objekt noch gegen Geld veräußert.

Endlich wurde noch absolut unmoralisch erfunden in Arzt-, Zahnarzt- und Rechtsanwaltskreisen die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel, weil diese mit den betreffenden Berufsstellungen unvereinbar sei[116]).

Damit sind in großen Zügen die Handlungsgruppen bezeichnet, welche in dem vorgenannten Sinne absolut moralwidrig sind. Wir wenden uns nunmehr zur zweiten und letzten Hauptgruppe, den relativ moralwidrigen Akten.

---

in ihrer übrigen Begründung recht bedenkliche Entscheidung des OLG. Jena im Recht 1907 Nr. 5 „die guten Sitten erfordern es nicht unbedingt, . . . seine Angehörigen im öffentlichen Interesse zu verwirkter Bestrafung auszuliefern". Denn die Begünstigung der Entweichung ist etwas anderes als die Nichtauslieferung; bezüglich des rein negativen Verhaltens der Nichtanzeige, Nichtauslieferung usw. ist — vgl. oben § 2 — dem OLG. Jena beizutreten.

[115]) RG. Bd. 66 S. 139, RG. in JW. 1907 S. 473 ff.; ROLG. Bd. 5 S. 117, Bd. 6 S. 33; eine recht bedenkliche Umgehung läßt das RG. im Recht 1907 S. 267 Nr. 2249 zu, scheinbar aus dem Gefühl heraus, daß in dem Umfang der ärztlichen Praxis denn doch ein gewisses Vermögenselement liegt. Nicht moralwidrig: *Einheiraten* in eine Praxis. *Fromme*, Entgeltliche Übertragung ärztlicher Praxis, Berlin 1906, konkludiert unrichtig, wenn er sagt, der Verkauf der Praxis ist nur insoweit unsittlich, als er ehrengerichtlich verboten ist.

[116]) RG. in JW. 1907 S. 474 Bd. 66 S. 143 ff.: über die Bedenklichkeit dieser Entscheidung ist oben (Anm. 51) schon gesprochen worden. Die Entscheidung legt das Hauptgewicht auf die Verknüpfung der Berufsausübung mit geldlichen Vor- und Nachteilen.

§ 14.

Relative Moralwidrigkeit.

Was hierunter verstanden werden will, ist oben in § 10 schon gesagt; nur diejenigen Handlungen und Unterlassungen fallen hierunter, die nicht absolut, d. h. unter allen Umständen, moralwidrig sind, sondern nur je nach den Besonderheiten des Falles bald moralwidrig sind, bald nicht.

Es fragt sich, von welchem sittlichen Standpunkt die Besonderheiten des einzelnen Falles geprüft werden müssen. Gerade hier besteht leicht die Gefahr, daß bloße Standesanschauungen ausschlaggebend werden. Ein Richter, der auf diese seine Urteile aufbauen würde, dürfte gröblich gegen unseren Begriff verstoßen. Auch bei den besonderen Umständen des Falles ist der oben gezeichnete sittliche Standpunkt einzunehmen, also ein allgemeiner, durchschnittlicher Maßstab anzulegen[117]).

Als allgemeine Regeln für sämtliche hierher gehörigen Fälle sind folgende festzuhalten:

1. Bei Feststellung, ob eine Handlung gerechtfertigt erscheint, sind die *beiderseitigen Interessen* sorgsamst gegeneinander abzuwägen;
2. Geschieht eine Handlung in Ausübung eines formalen Rechtes, so ist sie *in der Regel* nicht moralwidrig; Ausnahmen hiervon sind nur in ganz besonderen Fällen zu machen. So ausdrücklich z. B. RG. Bd. 58 S. 21 und SeuffArch. Bd. 60 S. 233, ferner RG. Bd. 48 S. 124; Bd. 55 S. 58, S. 372 u. S. 219; in JW. 1906 S. 61.

Es geht selbstverständlich nicht an, auch die hierher gehörigen Fälle erschöpfend in Gruppen einzuteilen, denn jeder einzelne Fall bietet auch in der Regel ganz spezielle Besonderheiten. Indes haben sich doch bisher einige Typen als besonders wichtig gezeigt und auf sie wird deshalb diese Darstellung zunächst einzugehen haben. Vor allem gilt dies für zwei mit Gruppen der vorausgenannten absoluten Art nahe verwandte Gruppen. Moralwidrig ist nämlich einmal nicht nur die Beseitigung, sondern schon die *übermäßige Beschränkung der großen modernen Grund-*

---

[117]) So ausdrücklich RG. im Recht 1907 S. 309 Nr. 581.

prinzipien der persönlichen, wirtschaftlichen, Gewissens-, Bewegungs-, Gewerbe-, Koalitions-, Wahl- usw. Freiheit[118]). Es ist unerläßlich, aber im Einzelfall nicht immer leicht zu bestimmen, ob die gerade vorliegende Beschränkung eine wirklich übermäßige ist und nicht vielmehr nach den besonderen Umständen des Falles den Interessen des sich Bindenden entspricht[119]). Praktisch wurde dies vor allem für die vielumstrittene vertragliche Statuierung einer Bierabnahmepflicht, sei es, daß dieselbe gegen ein Darlehen, oder gegen Kreditieren der Bierlieferungen oder gegen eine sonstige Kompensation seitens eines Gastwirtes übernommen wurde[120]); ferner für übermäßige Bindung der Erwerbsfreiheit[121]), für Aufstellen einer das übliche Maß übersteigenden Konkurrenzklausel[122]), für die Vereinbarung exorbitant

[118]) Es ist einleuchtend, warum diese Gruppe nicht auch unter die *absolut* moralwidrigen Akte eingereiht wurde; die „Übermäßigkeit" der Bindung ist jeweils aus den Umständen des Falles zu entnehmen, so daß *dieselbe* Verpflichtung im einen Fall als moralwidrige erscheint, im andern Fall durch die besondere Sachlage gerechtfertigt wird. Vgl. z. B. RG. im Recht 1907 Nr. 1781 („die übrigen Umstände ergeben keine Milderung für eine derartige Bindung"); RG. in JW. 1908 S. 38 ff. (hier wird genauestens alles abgewogen); ObLG. in Bl. f. RA. Bd. 71 S. 48 („nicht erforderlich die Vertragsfreiheit derer zu beschränken, die eine solche Bindung ihres Willens auf längere Zeit als ihrem Interesse entsprechend ansehen").

[119]) RG. in Bd. 31 S. 99 stellt ebenfalls die beiden Erfordernisse auf; ebenso z. B. BayrObLG. im Recht 1905 S. 368; RG. im Recht 1907 Nr. 1781; OLG. Marienwerder in DJZ. 1907 S. 664 usw.

[120]) Vgl. aus neuester Zeit RG. Bd. 63 S. 391 (einen naheliegenden Maßstab für die hier einsetzende Beurteilung bietet § 138 Abs. 2 BGB.); RG. im Recht 1907 S. 305, 823; RG. Bd. 63 S. 336 f. (besprochen wird besonders eine langfristige Bindung); JW. 1906 S. 453, 456 und 684; ObLG. im Recht 1905 S. 368 (Brauereidarlehen) und in BayrZRpfl. 1906 S. 253; OLG. Celle im Recht 1906 S. 47 Nr. 8; RG. im Recht 1907 Nr. 1781 (langfristige Bindung und hohe Konventionalstrafe); RG. im Recht 1907 Nr. 981 (der Darleiher bestimmt die vom Wirt zu führenden Biersorten). RG. in JW. 1908 S. 327 Nr. 6, S. 327 Nr. 7 (einseitige Bierpreiserhöhung).

[121]) OLG. Karlsruhe in Neumanns Jahrb. 1907 S. 47 lit. o, γ.

[122]) Vgl. RG. Bd. 31 S. 99; RG. in JW. 1904 S. 481; RG. in DJZ. 1904 S. 1187; RG. im Recht 1906 S. 179, 746 und 1191, im Recht 1907 S. 823, 1311; OLG. Celle in ROLG. Bd. 12 S. 14. Über Konkurrenzverbote in den Kartellverträgen vgl. *Rundstein* im ArchBürgR.

hoher Konventionalstrafen auch für den Fall, daß ein Verschulden des Gebundenen gar nicht vorliegt[123]). Hierher gehören weiter die in politischen Kämpfen zur Überwindung des Gegners gebrauchten Maßnahmen[124]), die in der modernen Arbeiterbewegung immer häufiger und wirkungsvoller werdenden Lohnkampfmittel[125]), z. B. Kartellabreden[126]), Boykott[127]), Streik[128]), Arbeiteraussperrung[129]), Lieferungssperre oder Erschwerung des

Bd. 25 S. 94 ff. Ferner RG. in JW. 1907 S. 494 (§ 74 HGB. nicht ohne weiteres analog anzuwenden auf andere Verhältnisse, z. B. beim Verkauf eins Geschäftes; aus dieser Entscheidung läßt sich entnehmen, daß der in § 74 HGB. geregelte Fall weder absolut moralwidrig ist noch absolut moralisch). Ferner KG. in DJZ. 1906 S. 600 (konform der letztgenannten Entscheidung des Reichsgerichts); OLG. Hamburg in Neumanns Jahrb. 1907 lit. d, γ zu § 138 BGB.

[123]) OLG. Cassel in ROLG. Bd. 12 S. 16 (vom RG. bestätigt); oder Bindung ohne jede finanzielle Gegenleistung: RG. in DJZ. 1904 S. 1187. Für die hierher gehörigen Fälle ist die Nachprüfung wichtig, ob nicht § 134 BGB. einschlägt. Vgl. ferner OLG. Hamburg in SeuffBl. f. RA. Bd. 72 S. 672.

[124]) Vgl. RG. Bd. 53 S. 171 ff., insbesondere S. 178 (dahingestellt, ob den laxeren Anschauungen, die in politischen Kämpfen in Ansehung der zulässigen Streitmittel vielfach betätigt werden, Rechnung getragen werden dürfe).

[125]) *Oertmann* in den Verhandlungen des vorletzten deutschen Juristentags (28.) II. S. 33 ff. zählt folgende Arten der Verrufserklärung auf: Warensperre, Kundschaftssperre, Personensperre, Kreditsperre. Vgl. *Oertmann* in Bl. f. RA. Bd. 72 S. 280 ff.

[126]) RG. im Recht 1907 S. 1527 unten; ferner RG. Bd. 60 S. 103. Auch *Endemann*, Lehrbuch Bd. 1 § 103 a Z. 8.

[127]) Vgl. RG. Bd. 64 S. 53, 66 S. 379 abgedruckt in JW. 1907 S. 746 (nur bei Gebrauch verwerflicher Mittel moralwidrig, z. B. wenn durch auf das Solidaritätsgefühl der Arbeiter berechnete Schlagworte unter Verschleierung der wirklichen Sachlage fremder Zuzug von einem boykottierten Betriebe ferngehalten wird). Ferner RG. in JW. 1907 S. 333 („moralwidrig, weil .... in gehässiger Weise lediglich der wirtschaftliche Ruin des Arbeitgebers bezweckt"). RG. Bd. 51 S. 381 ff., Bd. 60 S. 104, in JW. 1908 S. 38 ff. insbesondere S. 39.

[128]) RG. in JW. 1906 S. 595 ff.

[129]) RG. in JW. 1904 S. 293 (im Hinblick auf § 113 Abs. 3 GewO.); Bd. 57 S. 418 ff., Bd. 54 S. 255 ff., Bd. 51 S. 381 ff. (Aufforderung hierzu). Nicht der einfache Ausstand: RG. in JW. 1907 S. 364 ff.

Bezugs[130]), mittelbarer Zwang zum Beitritt in eine Kampforganisation[131]) usw., ferner ungerechtfertigt lange Verfügung über einen anderen[132]). Wenn man alle diese Beispiele daraufhin durchsieht, ob sich in allen zu verallgemeinernde Grundsätze finden, so fällt auf, daß auch hier die Rechtsprechung in keinem der Fälle dem subjektiven Tatbestand eine ausschlaggebende Bedeutung auf die Bejahung oder Verneinung der Moralwidrigkeit einräumt[133]), vielmehr immer vor allem den objektiven Sachverhalt in den Vordergrund rückt, insbesondere Zweck des Vertrags, angewandte Mittel, Art und Weise des Gebrauchs. Es erscheint ihr z. B. fast gleichgültig, ob die Brauereien, wenn sie dem Wirt eine Bierabnahmepflicht auferlegen, in verwerflicher Gesinnung handelten; wenn nur die Bindung tatsächlich auch den Interessen des Gastwirtes entsprach; andererseits schließt es unseren Begriff keineswegs aus, wenn mit unlauteren Mitteln etwa durchaus billigenswerte Ziele angestrebt werden[134]). Daraus läßt sich auch für diese Fälle die oben in § 1 schon aufgestellte Rechtsregel als im Sinne der Rechtsprechung liegend ableiten, daß die Motive eines Vertragsteils allein die Moralwidrigkeit nicht zu begründen vermögen[135]); ferner, daß das Bewußtsein der Moralwidrigkeit

---

130) Vgl. z. B. RG. Bd. 56 S. 271 ff., insbesondere S. 279, 280.

131) OLG. im Recht 1906 S. 561 (Weigerung organisierter Arbeiter, mit unorganisierten zusammen zu arbeiten); ROLG. Bd. 12 S. 114.

132) ROLG. (KG.) Bd. 15 S. 313: Verfügung des Mäcens auf Jahre hinaus über die künstlerische Tätigkeit seines Protégés.

133) RG. 51 S. 382 u. 64 S. 61 kann dahin aufgefaßt werden, daß das mangelnde Bewußtsein der Moralwidrigkeit das Vorliegen einer Moralwidrigkeit überhaupt ausschließt. Das könnte aber höchstens für die Fälle der §§ 817, 826 BGB. in Frage kommen, weil hier im gesetzlichen Tatbestand *neben* dem Begriff der Moralwidrigkeit noch ein bestimmter subjektiver Tatbestand erfordert wird. Siehe oben § 9 Note 58 ff.

134) Vgl. z. B. RG. Bd. 56 S. 271 ff. (Bekämpfung übermäßigen Buchhändlerrabatts durch Existenzvernichtung der Widerstrebenden).

135) Vgl. RG. in JW. 1907 S. 364 f. (§ 826 BGB. setzt objektive Moralwidrigkeit voraus); RG. in JW. 1908 S. 29 sagt allerdings: „Nun kann zwar, wie das Reichsgericht schon häufig anerkannt hat, diese Unsittlichkeit unter Umständen auch aus der subjektiven Seite des Rechtsgeschäfts hergeleitet werden, aus den Beweggründen und den von den Beteiligten verfolgten Zwecken des Geschäfts.“ Der Vertragszweck, wenn er als solcher in die Erscheinung tritt, ist aber etwas Objektives, und *einseitige* unsittliche

hierbei keine unbedingte Voraussetzung der Moralwidrigkeit bildet. Noch eine weitere Regel scheint daraus sich zu ergeben, nämlich, daß gerade in Fällen der vorliegenden Art die Interessen beider Teile sorgsam gegeneinander abgewogen werden müssen. Berechtigte und vermeintlich berechtigte Interessen vermögen im Einzelfall eine auf Schädigung eines Dritten berechnete Handlung als nicht moralwidrig zu erweisen[136]).

Relative Moralwidrigkeit kann im Einzelfall die Hinzufügung einer Bedingung hervorrufen[137]).

Eine weitere Hauptgruppe der nur relativ moralwidrigen Rechtsgeschäfte ist die, bei welcher[138]) *eine ökonomische Leistung in Kausalbeziehung zu einer Handlung oder Unterlassung gesetzt wird, welche von Moral wegen nicht in solcher Kausalbeziehung stehen darf.* Fälle der hierher gehörigen Art sind schon oben, soweit sie absolut moralwidrig sind, aufgezählt worden[139]); es ist schlechthin selbstverständlich, daß eine Handlung, die von Moral wegen überhaupt nicht vertraglich zugesichert werden darf, noch viel moralwidriger dadurch wird, daß sie gegen ökonomische Vorteile versprochen wird. Neben den oben schon besprochenen Fällen[140]) gibt es eine große

---

Beweggründe begründen nach dem Reichsgericht die Moralwidrigkeit nicht, wie die gleiche Entscheidung alsbald zeigt.

136) Vgl. z. B. RG. Bd. 65 S. 333 ff. „dem Interesse des Betriebsinhabers an der Wahrung seiner Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse steht gegenüber das Interesse der Angestellten, die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten auszunützen. Nach allgemeinen Anschauungen verstößt die Betätigung dieses Interesses nicht gegen die guten Sitten“. Besonders eingehend betont RG. in JW. 1908 S. 39 unten und in Bd. 64 S. 62: „Wahrung eigener Interessen“. Vgl. ferner SeuffArch. Bd. 59 S. 81.

137) *Staudinger* Anm. 5 zu § 138.

138) Wie *Lotmar* a.a.O. S. 73 sagt.

139) §§ 12, 13.

140) Des Zusammenhangs halber seien die einschlägigen Entscheidungen kurz wiederholt: RG. in JW. 1904 S. 257 (Veräußerung der elterlichen Erziehungsrechte); OLG. in den Bl. f. RA. Bd. 70 S. 185 (Verschweigen der unehelichen Vaterschaft); PrOHG. Bd. 18 S. 101 (Aufgeben der wirtschaftlichen Selbständigkeit); RG. Bd. 23 S. 172 (Binden an einen bestimmten Wohnsitz); SeuffArch. Bd. 18 S. 126, Bd. 24 S. 245 (Erlaß der ehelichen Treue); SeuffArch. Bd. 20 Nr. 114 (Falsche Angabe der Vaterschaft); RG. Bd. 57 S. 205 ff. und OLG. Darmstadt in DJZ. Bd. 8 S. 252 (Wahl-

Menge von Fällen, die nur relativ unmoralisch sind. Aus der Rechtsprechung seien folgende Beispiele angeführt: Schweiggeld für Nichtstellung des Strafantrags[141]) oder Unterlassung der Strafanzeige[142]); Verpflichtung in die (rechtlich nicht erzwingbare) jüdische rituelle Scheidung zu willigen[143]); Heirat eines von einem anderen schwangeren Frauenzimmers[144]); Vertrag mit der Kindsmutter über Verschweigen der Vaterschaft[145]); „Abstandsvertrag" (pactum de non licitando)[146]). Auch bei dieser Kategorie ist sorgsamst zu untersuchen, ob nicht neben dem Geldvorteil andere mächtigere Interessen herlaufen, die dem Rechtsgeschäft den moralwidrigen Charakter im einzelnen Falle wieder nehmen. Der den angeführten Beispielen eigenartige

beeinflussung); SeuffArch. Bd. 44 Nr. 106 (Belohnung für ein bestimmtes Verhalten eines Zeugen vor Gericht); Einwilligung zur Ehescheidung (Staudinger Anm. 5 zu § 138); SeuffArch. Bd. 57 S. 438 (Vermächtnis zur Belohnung für ehebrecherischen Verkehr).

[141]) OLG. Jena im Recht 1907 S. 53 Nr. 5, wo für einen Spezialfall das Vorliegen eines „Schweiggeldes" verneint wurde; RG. in JW. 1904 S. 404. Diese Entscheidungen sind durchweg auf der Verneinung eines berechtigten Interesses an der Nichtstellung des Strafantrags aufgebaut; falls ein solches vorliegt, wird die Moralwidrigkeit auch nach dem Willen dieser Entscheidungen zu verneinen sein. Vgl. z. B. OLG. Braunschweig im Recht 1905 S. 133. Ebenso Staudinger Anm. 5 zu § 138, RG. Bd. 33 S. 337, OLG. München in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 185. Die Form des Schweiggeldes ist gleichgültig; OLG. Karlsruhe in Naumanns Jahrb. 1907 S. 46 lit. n.

Es ist oben in Anm. 114 schon ausgeführt, daß im Gegensatz zum Reichsgericht die Hinnahme eines Schweiggeldes für absolut moralwidrig angesehen werden muß. Ebenso insbesondere Dernburg a.a.O. Bd. 1 S. 374 Ziffer III.

[142]) RG. in JW. 1904 S. 404; RG. Bd. 58 S. 204 ff.; bezw. Rückgängigmachung einer schon geschehenen Anzeige. SeuffArch. Bd. 58 S. 179; ROLG. Bd. 5 S. 110 f.

[143]) RG. Bd. 57 S. 255.

[144]) Z. B. infolge eines Mitgiftversprechens des Schwängerers oder einer angekündigten Schenkung. Spielen noch andere moralische Umstände mit, so kann die Moralwidrigkeit entfallen. RG. Bd. 62 S. 278.

[145]) OLG. München in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 185: nur unter Umständen unmoralisch.

[146]) RG. Bd. 30 S. 304 und SeuffArch. Bd. 17 Nr. 201, Bd. 31 Nr. 193 und 321, Bd. 56 Nr. 2; ROLG. Bd. 5 S. 142; Kohler a.a.O. S. 225 ff.

Grundzug ist die schon weit mehr als bei den vorhergehenden Typen in die Erscheinung tretende Betonung des subjektiven Tatbestandes. Allein auch hier ist derselbe nicht allein, ja nicht einmal vorwiegend ausschlaggebend oder unumgängliche Voraussetzung, vielmehr überwiegt noch in der Regel das objektive Moment der Knüpfung einer Handlung, die von Moral wegen daran nicht geknüpft werden soll, an Geldvorteile. Ein Beispiel macht das deutlich: ein verheirateter Mann hat ein lebhaftes Interesse daran, nicht als Vater eines außerehelichen Kindes genannt zu werden; wenn die Kindsmutter im Hinblick darauf die Vaterschaft verschweigt, handelt sie wohl kaum moralwidrig[147]); anders wenn sie bei anderer Sachlage nur um Geldvorteile willen ihr Kind um seine Alimentationsrechte bringt.

§ 15.

Fortsetzung.

Es bleibt nun noch eine Masse von Fällen übrig, die keine oder nur geringe Artverwandtschaft miteinander besitzen. Bei ihnen tritt das subjektive Element noch in weit schärferem Maße hervor, als bei den letztbesprochenen Gruppen, aber ebenfalls ohne für sich allein ausschlaggebend zu werden. Das Gemeinsame ist das immer schärfere Hervortreten eines verwerflichen Egoismus, der die an sich nicht moralwidrigen Handlungen im Verein mit der objektiven Lage des Falles zu moralwidrigen macht. Eine Reihe der hierher gehörigen Fälle zeigen Auswüchse des immer schärfer werdenden Lohn- und Konkurrenzkampfes und sind zum Teil oben in § 13 unter dem Gesichtspunkt einer übermäßigen Beschränkung der Bewegungsfreiheit schon gewürdigt. Die Moralwidrigkeit kann liegen vor allem in der Wahl der Kampfmittel, in dem Verhältnis der Betroffenen zu den Handelnden, in dem Zweck der Handlung usw. Auch hier sind die Ausnahmen wohl zu beachten, die auf Grund irgendwelcher Gesetzesbestimmungen im Einzelfall von unserem Begriff gemacht werden müssen[148]).

[147]) OLG. München in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 185 für einen Fall, in welchem die Unterhaltsansprüche des Kindes sichergestellt waren.

[148]) Siehe oben § 7. Insbesondere wird hier von Bedeutung das Wettbewerbgesetz.

Aus der gerichtlichen Praxis seien als Beispiele von Unmoral der gebrauchten Kampfmittel folgende Fälle genannt: Schließung eines Arbeitgeberkartells, Aussperrung aller oder einzelner Arbeiter durch Betriebe oder Arbeitgeberorganisationen[149]); Streik, Boykott[150]); Mißbrauch einer Monopolstellung aus pekuniärem Egoismus[151]); Zwang zum Beitritt in eine Kampforganisation von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern[152]); illoyales Vorgehen solcher Kampforganisationen zwecks Niederzwingung

[149]) RG. in JW. 1907 S. 364 ff.: Nichteinstellung von Arbeitern, die von der Kartellkommission keinen Ausweis ihrer Tauglichkeit bekommen haben; RG. in JW. 1906 S. 746 ff.: Die Aussperrung und der Ausschluß einzelner Arbeiter und Arbeiterkoalitionen von den Verbandsbetrieben ist an sich ein erlaubtes Kampfmittel; nur in ganz besonders gelagerten Fällen verstößt er gegen die guten Sitten, z. B. bei Anwendung hinterlistiger Kniffe, verwerflicher Mittel; ebenso RG. Bd. 64 S. 56; RG. Bd. 54 S. 255: Aussperrung zwecks Unterstützung eines anderen Betriebes nicht moralwidrig; RG. Bd. 60 S. 103: Nichtaufnahme eines Arbeitgebers in das Kartell. Streikbrecheranwerbung ist nicht moralwidrig; siehe B. Hilse in SeuffBl. f. RA. 1906 S. 549. RG. in JW. 1904 S. 239: Aussperrung moralwidrig, wenn dadurch dem betroffenen Arbeiter jede Arbeitsgelegenheit abgeschnitten wird.

[150]) Zit. RG. Bd. 64 S. 56, insbesondere S. 61: Boykott und Streik sind nur bei Anwendung besonderer Mittel moralwidrig. Zit. RG. in JW. 1906 S. 746 ff.: Boykott dann moralwidrig, wenn die Presse in verwerflicher Weise (Entstellung der Wahrheit usw.) dazu benützt wird; RG. Bd. 60 S. 104: Benützung des Boykotts zwecks Schädigung der Konkurrenz. Streikbruch ist nicht unsittlich, B. Hilse in SeuffArch. 1906 S. 549.

[151]) Gleichviel ob das Monopol ein öffentliches oder privates, rechtliches oder tatsächliches ist. Vgl. aus neuester Zeit RG. Entsch. vom 17. Juni 1904, abgedruckt in Neumanns Jahrb. 1907 lit. c, β zu § 138 I BGB. RG. Bd. 62 S. 266; auch Bd. 20 S. 117: dem allgemeinen Verkehr gröblich zuwiderlaufende Ausnützung eines Monopols (Benützung einer öffentlichen Wasserstraße geknüpft an vorherigen Verzicht auf eventuelle Schadensersatzansprüche) ist moralwidrig; vgl. hierzu Fuld im Recht 1907 S. 1187 und 1188: „Monopole und Kontrahierungszwang“; vgl. ferner Rehbein a.a.O. S. 182: „ein Kartell kann unsittlich sein, wenn es auf Ausbeutung des Publikums durch übermäßige Preistreiberei ausgeht“; ferner RG. im Recht 1906 S. 854 Nr. 2066: Mißbrauch der Monopolstellung eines Syndikats. Vgl. auch RG. Bd. 48 S. 124 ff. (Monopolstellung einer Transportfirma ausgenützt zum Totmachen einzelner kleinerer Geschäfte).

[152]) OLG. Hamburg im ROLG. Bd. 12 S. 114 (Weigerung organisierter Arbeiter mit andern zusammenzuarbeiten unter besonderen Umständen moralwidrig).

des anderen Teiles. Ferner Beispiele aus dem kaufmännischen oder gewerblichen Konkurrenzkampf: Abspenstigmachung von Kunden oder von Angestellten[153]); Auswüchse im Reklamewesen[154]); Verbreitung von Unwahrheiten über ein Konkurrenzgeschäft; hinterlistige Schädigung desselben oder eines Gläubigers[155]); Provisionsversprechen für den Fall, daß die durch einen anderen beauftragten Mäkler eingeleiteten Verkaufsunterhandlungen hintertrieben werden[156]).

Beispiele des Mißbrauchs eines bestehenden Vertrauensverhältnisses: Verrat von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen durch Angestellte, sei es während oder nach Ablauf des Dienstverhältnisses, Ausnutzung derselben in einem Konkurrenzgeschäft nach Beendigung des Dienstverhältnisses, ferner Verführung von fremden Angestellten hierzu[157]); Unterstützung

[153]) Aus neuester Zeit OLG. Hamburg in ROLG. Bd. 12 S. 112 und RG. in JW. 1906 S. 198 (unter besonderen Voraussetzungen moralwidrig, nämlich wenn die Abspenstigmachung der Zweck ist oder die Mittel illoyal sind, z. B. die Neuangestellten lediglich die Kunden ihrer bisherigen Firma wegfangen sollen; RG. im Recht 1907 S. 636 Nr. 1309 (Unterbieten in einem Spezialfall nicht als moralwidrig erklärt). RG. in JW. 1905 S. 20 (Schlechtmachen der Konkurrenz zwecks Kundenfang); ebenso RG. im Recht 1906 S. 300. RG. in DJZ. 1906 S. 205 (Weglocken von Personen von dem Geschäftslokal des Konkurrenten); RG. im Recht 1907 Nr. 581; in JW. 1907 S. 507 (Nachahmen der Emballage einer Konkurrenzware); RG. in JW. 1902 Beil. S. 250 (Abspenstigmachung von Angestellten).

[154]) RG. im Recht 1905 S. 472 (Lockpreise im Schaufenster); HansOLG. im Recht 1905 S. 501 Nr. 1935 (verbotswidrige Benützung eines Namens zu Reklamezwecken); RG. in SeuffArch. Bd. 60 S. 174 (Unterbietung des festgesetzten Ladenpreises zwecks Reklame ist moralwidrig); OLG. Cöln in Neumanns Jahrb. 1907 S. 352 lit. l (Rabattmarkenschwindel); anders RG. Bd. 63 S. 394, dagegen wieder Kohler in ArchBürgR. Bd. 29 S. 140.

[155]) Außer den in Anm. 153 und 154 aufgeführten Entscheidungen vgl. noch z. B. OLG. Dresden im Recht 1906 S. 1260 Nr. 3027 (Bearbeitung der Konkurrenz durch eine sich in deren Vertrauen einschleichende Mittelsperson ist moralwidrig). RG. in Gruchot Bd. 49 S. 351 und 352: „Mit Dernburg (Bd. 1 S. 503), Staudinger (Bd. 1 S. 303 Z. 10) und Rehbein ist das lediglich dem Zwecke der Schädigung der Gläubiger dienende fiduziarische Geschäft als gegen die guten Sitten verstoßend anzusprechen“.

[156]) OLG. Königsberg in Soergel 1907 S. 52.

[157]) RG. in JW. 1907 S. 254, Bd. 65 S. 333 ff.: im allgemeinen ist die Benützung dieser Geheimnisse nach dem Dienstaustritt nicht moralwidrig;

des Gegners im Prozesse mit dem eigenen Chef[158]); Schmieren des Bauleiters, Gemeindevorstehers zwecks Erlangung von Lieferungsaufträgen[159]); Prellung des Provisionsagenten um seine Provision[160]); Wechselreiterei[161]).

Neben diesen im Lohnkampf zutage getretenen moralwidrigen Handlungen steht eine weitere Masse, die in der Hauptsache durch die verwerfliche Art und Weise, mit der einem andern aus Eigennutz Schaden zugefügt wird, ihren Charakter erhält. Bei diesen Fällen kommt das subjektive Element am meisten zur Wirkung, jedoch wird es auch hier nicht für sich allein ausschlaggebend. Immer ist daneben noch der objektive Inhalt des Vertrages bezw. die objektive Sachlage ins Auge zu fassen. Die hier zu besprechenden Verträge haben weiter die Eigenheit, daß bei ihnen die Möglichkeit der nur eine Vertragspartei treffenden Moralwidrigkeit fast die Regel wird. Beispiele aus der gerichtlichen Praxis[162]): gehässige Herabsetzung eines Dritten mittels der Presse[163]); Doppelzüngigkeit eines

---

ebenso RG. im Recht 1907 S. 1136 Nr. 2729, das noch hinzufügt: während des Dienstverhältnisses ist eine solche Handlung moralwidrig; ferner einen Ausnahmefall von der ersteren Regel in RG. in DJZ. 1904 S. 553. Hierbei ist jeweils § 9 des unlauteren Wettbewerbgesetzes in der oben in § 7 entwickelten Richtung nachzuprüfen. RG. im Recht 1906 Nr. 851 (Verrat von Geschäftsgeheimnissen gegen Geld).

[158]) OLG. Dresden im Recht 1906 S. 1260 Nr. 3027; gegen Geld RG. im Recht 1907 Nr. 851.

[159]) RG. im Recht 1906 S. 1317 Nr. 3191 (Bauleiter); OLG. Stettin im Recht 1905 S. 133 (Gemeindevorsteher).

[160]) OLG. Bamberg in Bl. f. RA. Bd. 71 S. 133. OLG. Königsberg in Soergel 1907 S. 52.

[161]) OLG. Jena in Neumanns Jahrbuch 1907 S. 46 lit. h, β.

[162]) In den folgenden Entscheidungen wird durchgängig hervorgehoben, daß nicht jede Schädigung eines anderen moralwidrig ist, sondern nur eine solche, die nicht aus einem berechtigten eigenen Recht erwachsen ist und nach ihrem Gesamtcharakter vor allem die Schädigung des Dritten bezielt.

[163]) In diesem Fall war die dabei behauptete Tatsache sogar wahr; trotzdem hat das RG. (in JW. 1907 S. 333 ff.) wegen der allein bezweckten gehässigen Art der Herabsetzung die Moralwidrigkeit bejaht. Vgl. auch RG. im Recht 1907 S. 975 Nr. 2296.

Mäklers[164]); Aktienverkauf durch einen Bankier in einer auf die Unkenntnis des Käufers von ihrem Wert spekulierenden Weise[165]); Wechselreiterei[166]) oder sonstige mißbräuchliche und verwerfliche Ausnützung der formellen Natur des Wechsels; Erschleichung eines rechtskräftigen Urteils bezw. eines ungerechtfertigten Vollstreckungstitels[167]); pacta de non licitando[168]); Ausnützung der Geistesschwäche einer Person zu unanständiger Selbstbereicherung[169]); Ausstellung eines unrichtigen Führungszeugnisses durch den Prinzipal aus Bosheit[170]); eigennützige Ausnützung des § 817 S. 2 unter Rückforderung des Geleisteten gemäß § 817 S. 1 BGB.[171]); geheime Vollbefriedigung eines einzelnen Akkordgläubigers nach Abschluß des Zwangsvergleiches auf Grund vorheriger Abrede[172]); Ausschluß der Aufrechnungsmöglichkeit im Kaufvertrag nur für den Gegenkontrahenten und

---

[164]) Zwecks doppelter Erhebung seiner Vermittlungsgebühr OLG. Cassel im Recht 1907 S. 822 Nr. 1779.

[165]) OLG. Hamburg in ROLG. Bd. 12 S. 112.

[166]) OLG. Jena im Recht 1906 S. 1254 Nr. 2986; OLG. Dresden in Neumanns Jahrb. 1907 S. 46 lit. h, α; RG. Bd. 51 S. 577 ff.

[167]) RG. Bd. 61 S. 364 und RG. Bd. 34 S. 282; RG. im Recht 1905 S. 681, vgl. auch Dernburg in DJZ. 1905 S. 466 und Pagenstecher in JW. 1908 S. 81 ff.; im Zweifel nicht moralwidrig RG. Bd. 58 S. 21.

[168]) „Abstandsvertrag" nicht grundsätzlich verwerflich, sondern nur bei besonderer Sachlage: RG. in JW. 1904 S. 537 samt Nachweisen aus Literatur und Praxis; RG. in DJZ. 1904 S. 1089, RG. Bd. 18 S. 222, RG. in JW. 1907 S. 201 f.; vgl. Fuld, Die Rechtswirksamkeit des p. d. n. l. in Bl. f. RA. Bd. 70 S. 592. Vgl. endlich die Plenarentsch. in RG. Bd. 60 S. 274 ff.

[169]) OLG. Cassel im Recht 1906 S. 179 Nr. 288. RG. in Bd. 67 S. 393.

[170]) RG. in JW. 1905 S. 369 Nr. 8.

[171]) BayrZRpfl. 1905 S. 386.

[172]) Sehr bestritten. Dagegen OLG. Hamburg in SeuffArch. Bd. 60 S. 57, OLG. Braunschweig im Recht 1906 S. 1131 und RG. Bd. 60 S. 227 ff. (nicht moralwidrig); dafür (Moralwidrigkeit einer Klage) OLG. Stuttgart in SeuffArch. Bd. 59 S. 404. Vgl. weitere Zitate oben in § 12 Anm. 27, wo das Beispiel von einem andern Gesichtspunkt aus bereits zu besprechen war. Ein Akkordgläubiger, dessen Zustimmung zum Zwangsvergleich durch heimliche Sonderabrede vom Schuldner erkauft ist, handelt natürlich moralwidrig. Es kommt eben alles auf den einzelnen Fall an.

auch hinsichtlich solcher Ansprüche, die dem Gegenkontrahenten gegen seinen Vertragsgegner auf Grund Betrugs beim Kaufabschluß erwachsen[173]).

Nunmehr verbleiben aus der gerichtlichen Praxis noch folgende Einzelfälle: Verrufserklärung eines Kollegen durch einen ärztlichen Standesverein[174]); der Handelnde würdigt sich durch eine Handlung selbst des Vorteils wegen erheblich herab[175]); Umgehung des gewerblichen Konzessionszwangs durch Vereinbarung einer nur für die Außenwelt vorgetäuschten „Stellvertretung"[176]); unredliche Winkelzüge[177]); Kaufvertrag, der nach dem Willen der Kontrahenten nur auf eine Täuschung der Konsumenten hinauslaufen kann und soll[178]); bewußt falsche Auskunft über Kreditwürdigkeit eines Dritten[179]); falsche Auskunfterteilung[180]). Diese letztgenannten Beispiele fordern unwillkürlich zur abfälligen Kritik heraus im Hinblick auf die, wie erwähnt, sonst in der Rechtsprechung mit Emphase betonte Rechtsregel — die auch dieser Arbeit zugrunde liegt —, daß die subjektive Seite des Vertrages für sich allein nie die Moralwidrigkeit begründen kann. Dieser Rechtsgrundsatz ist bei den besprochenen Fällen in bedenklichem Maße außer acht gelassen worden.

Damit sind die in der Kasuistik sich findenden Anwendungsfälle unseres Begriffes erschöpft.

---

173) RG. Bd. 60 S. 294.

174) RG. in Bd. 64 S. 158 nicht moralwidrig; analog der Behandlung der Lohnkampfmittel (Boykott usw.) zu behandeln.

175) Berufung auf die eigene Arglist OLG. Hamburg im Recht 1907 S. 765 Nr. 1637. RG. Bd. 60 S. 296 (auf früheres betrügerisches Verhalten). Nahe verwandt sind die hierher gehörigen Fälle der oben schon besprochenen exceptio doli.

176) RG. Bd. 63 S. 143 ff. Nicht jede Gesetzesumgehung ist aber auch moralwidrig! In dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall wurden nur verwerfliche M i t t e l dabei angewandt.

177) RG. in DJZ. 1904 S. 1042.

178) RG. im Recht 1907 S. 1460; ROLG. (Braunschweig) Bd. 12 S. 16, SeuffArch. Bd. 61 S. 177.

179) RG. in JW. 1905 S. 370 Nr. 9.

180) RG. in JW. 1902 Beil. S. 276.

